

الْمَدَائِنُ وَالْبَصَائِنُ

في
أحكام العترة الطاهرة

تأليف
الشيخ المحدث الشيخ يوسف البحراني
محققه وعلوه عليه: محمد تقى اليربوعي

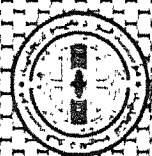
دار الأضواء
بيروت



0020492

118





الحمد لله الذي
أعطى
أحكام المسترة الظاهرة

حقوق الطبع محفوظة للناس
الطبعة الثانية المصححة والنقحة
١٤٠٩ هـ - ١٩٨٩ م

دار الأضواء
للطباعة والنشر والتوزيع

ساحة حريك - شارع دكاش - ص. ١٤٠ / ٢٥٥ - برفيتا، عميري - حسنكو - بيروت - لبنان .

الْحَدَائِقُ وَالْبَصَائِرُ

في
أحكام العشرة الطاهرة

تأليف
العالم البارع الفقيه المحدث الشيخ يوسف البحراني قدس سره
الطبعة الأولى ١١٨٦ هـ

الجزء الرابع والعشرون



بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

الحمد لله رب العالمين ، و صلى الله على خير خلقه و أفضل
بريسته محمد وآله الطاهرين .

المطلب السادس : الكفر : وفيه بحوث : الاول : وفيه مسائل :

الاولى : لاختلاف بين الأصحاب -رضوان الله عليهم- كما نقله غير واحد من
محققيهم في أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتائية .

وأما الكتائية فقد اختلفوا فيها على أقوال ستة ، والأصل في ذلك اختلاف
ظاهر الآيات والروايات في ذلك ، واختلاف الأفهام في الجمع بينها .

والأول من الأقوال المذكورة: التحريم مطلقاً، وهو مذهب المرتضى والشيخ
في أحد قوليهِ ، وهو أحد قولي الشيخ أيضاً ، وقواه ابن إدريس ، قال المرتضى :
مما انفردت به الامامية حظر نكاح الكتائيات ، وقال الشيخ في الخلاف: المحصلون
من أصحابنا يقولون : لا يحل نكاح من خالف الاسلام ، لا اليهود ولا النصارى ولا
غيرهم ، وقال قوم من أصحاب الحديث من أصحابنا : يجوز ذلك ، واختار في
كتابي الأخبار التحريم أيضاً مطلقاً .

والثاني: الجواز مطلقاً ، وهو منقول عن الشيخ علي بن الحسين بن بابويه
وابنه ، وابن أبي عقيل ، قال الشيخ علي المذكور على ما نقله عنه في المختلف: وإن
تزوجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، واعلم

أنّ عليك في دينك في تزويجك إيتاها غضاضة . ونحوه قال ابنه في المقنع ، وزاد :
وتزويج المجوسية حرام ، ولكن إذا كان للرجل أمة مجوسية ، فلا بأس أن يطأها
ويعزل عنها ولا يطلب ولدها .

وقال ابن العقيل : وأما المشركات فقوله تعالى «ولا تنكحوا المشركات حتى
يؤمنن»^(١) إلا ما استثناء من عتائف أهل الكتاب ، فقال د و المحصنات من الذين
أوتوا الكتاب من قبلكم»^(٢) ثم قال في موضع آخر ، قال الله عز وجل «ولا تنكحوا
المشركات حتى يؤمنن» - إلى قوله - أولئك يدعون إلى النار ، وذكر مشركي أهل
الكتاب فقال د والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم - إلى قوله - ولا
متخذي أخدان» .

وأهل الشرك عند آل الرسول ﷺ صنفان : صنف أهل الكتاب ، وصنف
مجوس وعبداء أوثان وأصنام ويران ، فأما الصنف الذي بدأنا ذكره فقد حرم الله
نساءهم حتى يسلّموا ، وأما أهل الكتاب فهم اليهود والنصارى فلا بأس بنكاح
نساءهم متعة وإعلاناً ، ولا يجمع في نكاح الاعلان منهم إلا أربع فما دون .

الثالث : جواز متعة اليهود والنصارى اختياراً والدوام اضطراراً ، وهو
مذهب الشيخ في النهاية وابن حمزة وابن البرّاج ، قال في النهاية : لا يجوز للرجل
المسلم أن يعقد على المشركات على اختلاف أصنافهن يهودية كانت أو نصرانية ،
أو عابدة وثن ، فإن اضطر إلى العقد عليهن عقد على اليهودية والنصرانية ، وذلك
جائز عند الضرورة ، ولا بأس أن يعقد على هذين الجنسين عقد المتعة مع الاختيار .
إنتهى ، وعلى هذا النهج كلام الفاضلين الآخرين .

الرابع : عدم جواز العقد بحال ، وجواز ملك اليمين ، ونقل عن الشيخ في
أحد قوله .

أقول : وبهذا القول صرح الشيخ المفيد على ما نقله عنه في المختلف حيث
قال : وقال المفيد : نكاح الكافرة محرم بسبب كفرها ، سواء كانت عابدة وثن أو

(١) سورة البقرة - آية ٢٢١ .

(٢) سورة المائدة - آية ٥ .

مجوسية أو يهودية أو نصرانية، قال الله عز وجل "ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا"، وقال في باب العقد على الاماء : وتنكح بملك اليمين اليهودية والنصرانية ولا يجوز له ذلك بعقد نكاح ولا يجوز وطء المجوسية والصابئية والوثنية على حال. وقال في باب السراري : ولا بأس أن يطأ اليهودية والنصرانية بملك اليمين، ولا يجوز له وطء المجوسية على حال، وكذا الصابئيات والوثنيات حرام وطؤهن بالعقود وملك اليمين .

الخامس : جواز المتعة وملك اليمين ، وتحريم الددام ، ونقل عن أبي الصلاح وسائر ، وأنه اختيار المتأخرين .

أقول : وهو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط حيث قسم المشركين فيه إلى أقسام ثلاثة : من له كتاب ، وهم اليهود والنصارى ، أهل التوراة وأهل الانجيل ، قال : فهؤلاء عند المحصلين من أصحابنا لا يجوز أكل ذبائهم ولا تزويج حرائرهم ، بل يقرون على أديانهم إذا بذلوا الجزية ، وفيه خلاف بين أصحابنا ، وقال جميع الفقهاء : يجوز أكل ذبائهم ونكاح حرائرهم .

فأما السامرة والصابئون فقد قيل : إن السامرة قوم من اليهود ، والصابئون قوم من النصارى ، فعلى هذا يحل جميع ذلك ، والصحيح في الصابئة أنهم غير النصارى ، لأنهم يعبدون الكواكب ، فعلى هذا لا يحل جميع ذلك بخلاف ، وأما غير هذين الكتائين من الكتب كصحف إبراهيم عليه السلام وزيور داود عليه السلام ، فلا يحل نكاح حرائرهم من كان من أهلها ولا أكل ذبائهم .

ومن لا كتاب له ولا شبهة كتاب كعبدة الأوثان ، فلا يحل نكاحهم ، ولا أكل ذبائهم ولا يقرون على أديانهم بخلاف .

ومن له شبهة كتاب ، وهم المجوس قال قوم : هم أهل الكتاب ، كان لهم كتاب ثم نسخ ، ورفع من بين أظهرهم ، وقال آخرون : ما كان لهم كتاب أصلاً ، وغلب التحريم ، فقل على القولين ، يحقن دماؤهم ببذل الجزية ، وتحرم مناكحتهم

وذبائعهم بلا خلاف* وقد اختار أصحابنا كلهم التمتع بالكنائية ووطأها بملك اليمين ، ورووا رخصة في التمتع بالمجوسية . انتهى .

السادس : تحريم نكاحهن* مطلقاً اختياراً ، و تجويزه مطلقاً إضطراراً ، وتجوز الوطء بملك اليمين ، وقيل عن ابن الجنيدي ، قال في المختلف : وقال ابن الجنيدي : واختار لمن وجد الفناء - عن نكاح أهل الكتابين - ترك منا كحتهن* بالعقد في دار الاسلام ، أما في دار حربهم فلا يجوز ذلك ، فإن رغب إلى ذلك ضرورة في دار الاسلام أن يكون الابكار منهن* ، وأن يمنعهن* أكل وشرب ماهو محرم في دار الاسلام ، ولا يحل* نكاح من كان نصارى من بني تغلب وذمية العرب ومشر كيهن* .

ومن لم يصح* له كتاب من الصابئين وغيرهن* واجتناب منا كحتهن* أحب* إلي* ، وأما السامرة فيجرون مجرى اليهود ، وإن كانوا من بني إسرائيل ، ولا بأس بوطء من ملك من هذه الأصناف كلها بملك اليمين ولكن لا يطلب الولد من غير الكناية ، وقال في نكاح الحر* للاماء : ولا يحل* للمسلم التزويج على إماء أهل الكتاب . انتهى .

ومنشأ هذا الاختلاف إختلاف الأخبار كما أشرنا إليه آنفاً ، فإنها خرجت في هذا المقام على أنواع متعددة .

الأول : على الجواز مطلقاً ، وهي مارواه المشايخ الثلاثة^(١) - رضوان الله عليهم - عن معاوية بن وهب وغيره في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل المؤمن يتزوج النصرانية واليهودية ، قال : إذا أصاب المسلمة فما يصنع باليهودية والنصرانية ، فقلت : يكون له فيها الهوى ، فقال : إن فعل فليمنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير واعلم أن* عليه في دينه في تزويجه إيتاها غضاضة* .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٧ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ١ .

ومارواه في الكافي^(١) في الصحيح كما عن ابن رثاب عن أبي بصير وهو مشترك إلا أن الأظهر عندي عنه في الصحيح كما تقدمت الإشارة إليه عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل له امرأة نصرانية له أن يتزوج عليها يهودية؟ فقال: إن أهل الكتاب ممالك للإمام، وذلك موسع منّا عليكم خاصة، فلا بأس أن يتزوج قلت: فإنه يتزوج عليها أمة؟ قال: لا يصلح له أن يتزوج ثلاث إماء، فإن تزوج عليهما حرة مسلمة ولم تعلم أن له امرأة نصرانية ويهودية ثم دخل بها فإن لها مما أخذت من المهر فإن شاءت أن تقيم بعد معه أقامت، وإن شاءت أن تذهب إلى أهلها ذهبت، وإذا حاضت ثلاثة حيض أومرت لها ثلاثة أشهر حلت للأزواج، قالت: فإن طلق عليها اليهودية والنصرانية قبل أن تنقضي عدة المسلمة، له عليها سبيل أن يردّها إلى منزله؟ قال: نعم،^(٢).

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٣) عن منصور بن حازم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن رجل تزوج ذمية على مسلمة، ولم يستأمرها، قال: ويفرق بينهما،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٤٩ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ح ١.

(٢) أقول: وما يدل على كونهم ممالك للإمام - عليه السلام - صحيحة زرارة عن أبي جعفر -

عليه السلام - قال: سألت عن نصرانية كانت تحت نصراني فطلقها، هل عليها عدة مثل

عدة المسلمة؟ فقال: لا، لأن أهل الكتاب ممالك للإمام، ألا ترى أنهم يؤدون الجزية كما

يؤدي العبد الضريبة، ثم قال: قلت: فإن مات عنها وهي نصرانية وهو نصراني، فأراد

الرجل من المسلمين تزويجها، قال: لا يتزوجها المسلم حتى تعد من النصراني أربعة أشهر

وعشراً (منه - قدس سره -). وما رواه - قدس سره - موجود في التهذيب ج ٧ ص ٤٧٨

ح ١٢٦: الكافي ج ٦ ص ١٧٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٧ ح ١.

(٣) الكافي ج ٧ ص ٢٤١ ح ٨، التهذيب ج ١٠ ص ١٤٤ ح ٣، الوسائل ج ١٨ ص ٤١٥ ب ٤٩

قلت : فعليه أدب ؟ قال : نعم اثني عشر سوطاً ونصف ثمن حد الزاني وهو صاغر ، قلت : فإن رضيت المرأة الحرة المسلمة بفعله بعد ما كان فعل ؟ قال : لا يضرب ولا يفرق بينهما يبقيان على النكاح الأول ، أقول : في التهذيب «أمة» مكان «ذمية» .

وما رواه في الفقيه^(١) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي عبدالله عليه السلام في رجل تزوج ذمية على مسلمة قال : يفرق بينهما ، ويضرب ثمن الحد اثني عشر سوطاً ونصفاً ، فإن رضيت المسلمة ضرب ثمن الحد ولم يفرق بينهما ، قلت : كيف يضرب النصف ؟ قال : يؤخذ بالسوط بالنصف فيضرب به .

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن أبي مريم الأنصاري عن أبي جعفر عليه السلام قال : سأنته عن طعام أهل الكتاب و نكاحهم حلال هو ؟ قال : نعم قد كان تحت طلحة يهودية .

و عن محمد بن مسلم^(٣) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : سأنته عن نكاح اليهودية والنصرانية ، فقال : لا بأس ، أما علمت أنه كان تحت طلحة بن عبدالله يهودية على عهد النبي ﷺ .

ومارواه في الكافي^(٤) عن عبدالرحمن بن أبي عبدالله قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة ، والأمة على الحرة ؟ فقال : لا يتزوج واحدة منهما على المسلمة ، ويتزوج المسلمة على الأمة والنصرانية ، وللمسلمة الثلاثان وللأمة والنصرانية الثلث .

و عن سماعة^(٥) في الموثق قال : سألته عن اليهودية والنصرانية أيتزوجها

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٦ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٢ .

الرجل على المسلمة ؟ قال : لا ، ويتزوج المسلمة على اليهودية والنصرانية . وما في كتاب الفقه الرضوي^(١) حيث قال عليه السلام : وإن تزوجت يهودية أو نصرانية فامنعها من شرب الخمر وأكل لحم الخنزير ، واعلم أن عليك في دينك في تزويجك إياها غصاصة ، ولا يجوز تزويج المجوسية ، ولا يجوز أن تزوج من أهل الكتاب ولا من الاماء إلا اثنتين ، إلى آخره .

وكلام الشيخ علي بن بابويه المتقدم نقله عين صدر هذه العبارة ، وقد تقدم التنبيه على أن أكثر عبارته وفتاويه في الرسالة مأخوذ من هذا الكتاب ، وهذه الأخبار هي مستند قول الثاني .

والنوع الثاني : ما دل على التحريم مطلقاً ، ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن الحسن بن الجهم في الموثق قال : قال لي أبو الحسن الرضا عليه السلام : يا أبا محمد ما تقول في رجل يتزوج نصرانية على مسلمة ؟ قلت : جعلت فداك ، وما قولي بين يديك ، قال : لتقولن فإن ذلك يعلم به قولي ، قلت : لا يجوز تزويج النصرانية على مسلمة ، ولا على غير مسلمة ، قال : لم ؟ قلت : لقول الله عز وجل « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن »^(٣) قال : فما تقول في هذه الآية . « والمحصات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم »^(٤) قلت فقوله : « ولا تنكحوا المشركات » نسخت هذه الآية فتبسم ثم سكت .

وعن زرارة^(٥) عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا ينبغي نكاح أهل الكتاب ، قلت :

(١) فقه الرضا ص ٣١ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ح ٢ مع اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ٣ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٢١ .

(٤) سورة المائدة - آية ٥ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٤ .

جعلت فداك وأين تحريره؟ قال: قوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر»^(١). وعن زرارة في الصحيح أو الحسن^(٢) قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله سبحانه والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم، فقال: هذه منسوخة بقوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر».

ومارواه الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام في تفسير قوله «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» أن من كانت عنده امرأة كافرة يعني على غير ملة الاسلام وهو على ملة الاسلام فليعرض عليها الاسلام فإن قبلت فهي امرأته، وإلا فهي بريئة منه، فهي الله أن يمسك بعصمهن.

ومارواه الراوندي في نوادره^(٤) بإسناده عن موسى بن جعفر عن أبيه عليه السلام قال: قال علي عليه السلام: لا يجوز للمسلم التزويج بالأمّة اليهوديّة ولا النصرانيّة، لأن الله تعالى قال: من قياتكم المؤمنات، الحديث.

وروى العياشي في تفسيره^(٥) عن مسعدة بن صدقة، قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن قول الله «والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم»، قال: نسختها «ولا تمسكوا بعصم الكوافر» وهذه الأخبار أدلة القول الأول.

والنوع الثالث: ما دلّ على الجواز للضرورة، ومنها ما رواه في الكافي^(٦)

(١) سورة الممتحنة - آية ١٠.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٨، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٠ ح ١.

(٣) تفسير القمي ج ٢ ص ٣٦٣، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٧.

(٤) نوادر الراوندي ٤٨، البحار ج ١٠٣ ص ٣٨٠ ح ٢٠ طبعة الاخوندي.

(٥) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٩٦ ح ٣٨ عن ابن سنان عن أبي عبد الله، مستدرک الوسائل ج ٢

ص ٥٨٤ ح ١ عن مسعدة بن صدقة.

(٦) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٢ ح ٣.

عن يونس عنهم عليه السلام قال : لا ينبغي للمسلم الموس أن يتزوج الأمة إلا أن لا يجد حرة ، فكذا لا ينبغي له أن يتزوج امرأة من أهل الكتاب إلا في حال الضرورة ، حيث لا يجد مسلمة حرة ولا أمة .

وعن محمد بن مسلم في الصحيح ^(١) وإن اشتمل على إرسال ابن أبي عمير لعمدهم مرسلاته في الصحاح عن أبي جعفر عليه السلام قال : لا ينبغي للمسلم أن يتزوج يهودية ولا نصرانية وهو يجد مسلمة حرة أو أمة ، والنقريب فيه بحمل «لا ينبغي» على التحريم كما هو ظاهر الخبر الأول .

والنوع الرابع : ما دلّ على الجواز على كراهة ، ومنه صحيحة معاوية ابن وهب ^(٢) المتقدمة في صدر روايات الجواز .

ومارواه في الكافي ^(٣) في الصحيح أو الحسن عن عبدالله بن سنان عن أبي عبدالله عليه السلام في حديثه قال : وما أحبّ للرجل المسلم أن يتزوج اليهودية ولا النصرانية مخافة أن يتهود ولده أو يتنصر .

ومارواه في كتاب قرب الأسناد ^(٤) عن أبي البخري عن جعفر عن أبيه عليه السلام أنه كره مناكحة أهل الحرب ، إلا أن هذا مبني على أن لفظ «لا أحب» ولفظ «كره» بمعنى المكروه المستعمل بين الناس ، وهو في الأخبار أعم من ذلك ، فإنه قد ورد بمعنى التحريم كثيراً فهما من الألفاظ المتشابهة كما تقدم تحقيقه .

والنوع الخامس : ما دلّ على تخصيص الجواز بالبله كما رواه في الكافي ^(٥) عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٨ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٧ ح ٧ ، الوسائل

ج ١٤ ص ٤١٢ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٥ .

(٤) قرب الاسناد ص ٦٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١١ ح ٦ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٦ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٩ ح ٧ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤

ص ٤١٤ ح ١ .

زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن نكاح اليهودية والنصرانية فقال : لا يصلح للمسلم أن ينكح يهودية ولا نصرانية ، وإنما يحلّ منهنّ نكاح البله .
ولفظ «لا يصلح» وإن كان ظاهراً في الكراهة باعتبار إصطلاح الناس ، إلا أنه في الأخبار من الألفاظ المتشابهة المستعملة في التحريم أيضاً ، وقرينة التحريم هنا قوله «إنما يحلّ» .

والنوع السادس : ما ورد في التمتع بهنّ ، ومن ذلك ما رواه في التهذيب ^(١) عن الحسن بن علي بن فضال في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس أن يتمتع الرجل باليهودية والنصرانية وعنده حرة .
وعن زرارة ^(٢) قال : سمعته يقول : لا بأس بأن يتزوج اليهودية والنصرانية متعة ، وعنده امرأة .

وعن محمد بن سنان ^(٣) عن الرضا عليه السلام قال : سأله عن نكاح اليهودية والنصرانية ، فقال : لا بأس ، فقلت : فمجوسية ، فقال : لا بأس به ، يعني متعة .
أقول : قوله «يعني متعة» من كلام الراوي ، وهو تفسير لكلامه عليه السلام وبيان لاجاله ، لعلمه بذلك بقرينة الحال يومئذٍ ، إلا أن هذا التفسير يمكن أن يكون للمجوسية خاصة ، وأن نفى البأس عنها إنما هو بالنسبة إلى المتعة دون الدائم ، وحينئذٍ فنفي البأس في اليهودية والنصرانية أعمّ من المتعة والدائم ، وبهذا تكون هذه الرواية من روايات النوع الأول ، وهذا هو الأقرب ، ويحتمل أن يكون للجميع .

وعن منصور الصيقل ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا بأس بالرجل أن يتمتع

- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٥ ح ١ .
- (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٥ ح ٢ .
- (٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٤ .
- (٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ح ٥ .

بالمجوسية .

و عن إسماعيل بن سعد الأشعري ^(١) في الصحيح « قال : سألته عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية؟ قال: لأرى بذلك بأساً، قال : قلت : بالمجوسية؟ قال : وأما المجوسية فلا » وحمل في التهذيب المنع عن المجوسية على الكراهة عند التمكن من غيرها، هذا ماورد من الأخبار على ما عرفت من الاختلاف ومثلها الآيات القرآنية ، فأنها مختلفة أيضاً .

فمما يدل على التحريم قوله عز وجل في سورة البقرة « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » - إلى قوله - ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » ^(٢) . وقوله عز وجل في سورة الممتحنة « يا أيها الذين آمنوا إذا جاءكم المؤمنات مهاجرات فامتحنوهن الله أعلم بإيمانهن فإن علمتموهن مؤمنات فلا ترجعهن إلى الكفار لهن حل لهم ولا هم يحلون لهن » - إلى قوله - ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ^(٣) .

ومما يدل على الجواز قوله عز وجل في سورة المائدة « والمحصنات من المؤمنات والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب من قبلكم إذا آتيتوهن أجورهن محصنين غير مسافحين ولا متخذي أخدان » ^(٤) .

وأنت خير بأن أكثر الأخبار دال على الجواز وإن كان على كراهة كما يفهم من الأخبار الأخر المتقدمة ، ولا ينافي ذلك روايات المتعة إن لم تؤكد ، لدالاتها على الجواز في الجملة ، ولهذا مال إلى الجواز شيخنا في المسالك وسبيله السيد السند في شرح النافع .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦١ ح ١ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢١ .

(٣) سورة الممتحنة - آية ١٠ .

(٤) سورة المائدة - آية ٥ .

ويؤيده ما رواه النعماني في تفسيره^(١) عن علي عليه السلام وصرح به الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره^(٢) أيضاً في بيان ما نصفه منسوخ من الآيات ونصفه باقي من أن قوله « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » قد نسخ بقوله تعالى في سورة المائدة « اليوم أحل لكم الطيبات » - إلى قوله - والمحصنات من الذين أتوا الكتاب من قبلكم^(٣) وقوله « ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا » لم ينسخ إلى آخر كلامهما زيد في إكراههما، وحينئذٍ ربما يمكن القول بترجيح الجواز، إلا أن إجماع العامة على الجواز كما نقله الشيخ وغيره .

وقد تقرر في طرق الترجيح في مقام اختلاف الأخبار ، عرض الأخبار على مذهبهم والأخذ بخلافه كما تضمنته مقبولة عمر بن حنظلة^(٤) ، ورواية زرارة وغيرها حتى ورد أنهم ليسوا من الحنيفة على شيء ، وأن الرشد في خلافهم ، وبلغ الأمر إلى أنهم أمروا شيعتهم بأنه متى أعوزهم الحكم الشرعي رجعوا إلى قضاء العامة ، وأخذوا بخلاف ما يفتون به ، وحينئذٍ فيشكل العمل بأخبار الجواز، لا مكان الحمل على التقية .

فإن قيل: إن من جملة القواعد أيضاً العرض على الكتاب العزيز ، والأخذ بما وافقه ، بل العرض عليه و الترجيح مقدم في الأخبار على رتبة العرض على مذهب العامة .

قلنا : نعم الأمر وإن كان كذلك ، لكن الآيات كما عرفت مختلفة ، والجمع بينها مشكل، إلا أنه يمكن أن يقال : إن مقتضى ما قدمنا نقله عن تفسير النعماني وعلي بن إبراهيم أن آية « ولا تنكحوا المشركات »^(٥) الدالة على التحريم قد

(١) المحكم والمتشابه ص ٣٤ و ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٣ ح ٦٤ .

(٢) تفسير القمي ج ١ ص ٧٣ .

(٣) سورة المائدة - آية ٥ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٨ ص ٧٥ ح ١ .

(٥) سورة البقرة - آية ٢٢١ .

نسخت بآية « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » ^(١) الدالة على الجواز ، ولهذا جعلنا ذلك مؤيداً للجواز .

ومقتضى مادلت عليه حسنة زرارة أو صحيحته ، و كذا روايته الأخرى المتقدمتين في النوع الثاني أن آية التحريم إنما هي « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ^(٢) وأن هذه الآية قد نسخت آية « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » و يؤيد ذلك الروايات الواردة في تفسير « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » المتقدمة في الموضوع المذكور.

وأما آية « ولا تنكحوا المشركات » فالظاهر من إيرادها في الاستدلال على التحريم في حسنة زرارة وروايته بآية « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » دونها ، مع أنها أصرح في التحريم ، أنها قد نسخت بآية المائدة كما نقله الشيخان المتقدم ذكرهما في تفسيريهما ، و لعله بعد ذلك نسخت آية المائدة بآية « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » كما صرحت به الروايتان المذكورتان .

وما يقال من أن المائدة آخر القرآن نزولاً غير معلوم على إطلاقه ، نعم بعض آياتها كذلك ، فإن الظاهر من الأخبار أن السور لم تنزل دفعة واحدة بل القرآن كله إنما نزل نجوماً بحسب الأحكام المتجددة والوقائع المتعددة ، و لهذا صرحوا بأنه لم يتكامل في نزوله إلا بعد عشرين سنة ، وحينئذ فيكون القرآن دليلاً على التحريم بمعونة هذه الروايات ، لأننا لانفهم من القرآن إلا ما أفهمونا إيّاه ، وأوقفونا عليه ، سيما عند تشابهه علينا ، ونسخ بعضه بعضاً .

و من ذلك يظهر ترجيح القول بالتحريم بالنظر إلى هاتين القاعدتين الواردتين في مقام الترجيح ، لأن العرض على مذهب العامة والأخذ بخلافه لا يتم إلا على القول بالتحريم و العرض على الكتاب بالتقريب الذي أوضحناه

(١) سورة المائدة - آية ٥ .

(٢) سورة الممتحنة - آية ١٠ .

يقتضي القول بالتحريم ، فإنه هو المفهوم من الآيات بمعونة هذه الروايات .
 وأما ما ذكره شيخنا في المسالك - من أن "إثبات النسخ بهذه الرواية يعني
 حسنة زرارة مشكل ، خصوصاً مع عدم صحة سندها - محل نظر ، فإن "حسنها
 إنما هو بإبراهيم بن هاشم الذي لاراد" لروايته لما هو عليه من علو الشأن ورفعة
 المكان ، حتى عد روايته في الصحيح جملة من محققينا متأخري المتأخريين كالشيخ
 البهائي و والده ، و شيخنا المجلسي و والده المولى محمد تقي وغيرهم .
 وهو قد اعترف في غير موضع ، و كذا سبطه السيد السند بأنه لاراد" لروايته ،
 و إن نظموها في قسم الحسن ، فالمنافسة في ذلك واهية على أنها كما عرفت قد
 عاضدها رواية زرارة الثانية ، ورواية تفسير الشيخ علي بن إبراهيم ، وحينئذ فتحمل
 تلك الروايات الدالة على الجواز على التقيّة .

ويؤيده ما سأبني تحقيقه - إن شاء الله تعالى - في مسألة اشتراط الكفاءة في
 في النكاح التي هي عبارة عن التساوي في الايمان - كما هو المشهور - أو الاسلام
 - كما هو القول الآخر - فإنه وإن كان المشهور إختصاص ذلك بجانب الزوج إلا
 أن الأظهر هو اشتراط ذلك من الجانبين ، كما هو مذهب سائر ، حيث قال :
 و من الشرائط أن تكون مؤمنة أو مستضعفة ، فإن كانت ذمية أو مجوسية أو
 معاندة لم يحل نكاحها قط ، لأن الكفاءة في الدين مراعاة عندنا في صحة هذا
 العقد ، فأما في عقد المتعة والاماء فبجائز في الذميات خاصة ، دون المجوسية ، إنتهى .
 و أما ما ذكره السيد السند في شرح النافع وإليه أشار جده في المسالك
 من أن "آية « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » ^(١) الدالة على الجواز ،
 لا ينافيها قوله تعالى « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » ^(٢) لأن الأولى
 خاصة ، والعمل على الخاص مقدم .

(١) سورة المائدة - آية هـ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢١ .

ففيه أنه جيد لولم تعارضه الرواية عنهم عَلَيْهِمُ السَّلَامُ فَإِنَّ موثقة الحسن بن الجهم^(١) دلت على أن آية « ولا تنكحوا المشركات » قد نسخت آية « والمحصنات » وهو وإن وقع في كلام الراوي إِلَّا أَنَّهُ عَلَيْهِمُ السَّلَامُ قد قرره على ذلك ، لكن هذه الرواية معارضة بما قدمنا نقله عن تفسير النعماني .

و كلام الشيخ علي بن إبراهيم في تفسيره - من أن آية « ولا تنكحوا المشركات حتى يؤمن » قد نسخت بقوله تعالى في سورة المائدة « اليوم أحل لكم الطيبات - إلى قوله - والمحصنات »^(٢) و ما ذكره من الجمع بين الآيتين بتخصيص إحداهما بالآخرى - لا يتم على كل من الروایتين ، بل الروایتان ظاهرتان في

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٧ ج ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٧ ج ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ج ٣ .
(٢) أقول : وبذلك يظهر لك ما في قوله في المسالك - من أنه لا وجه للنسخ بعد امكان الجمع بين الآيتين بتخصيص عموم آية « ولا تنكحوا المشركات » بآية « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » فان فيه أن الروايات قد صرحت بالنسخ وان اختلفت في أن أيتهما الناسخة وأيتهما المنسوخة .

فقوله « لا وجه للنسخ فيه » نوع اعتراض على الإمام - عليه السلام - في حكمه بالنسخ ، وهو لا يخلو من سوء أدب . نعم لو كان ذلك في مقابلة دعوى من ادعى ذلك بغير دليل اتجه ما ذكره .

وكذا قوله « وأما آية النهي عن التمسك بعصم الكوافر فليست صريحة في ارادة النكاح ، ولا في ما هو أعم منه » فان فيه إنه وان كان الامر كذلك بالنظر الى ظاهر الآية ، ولكن بعد ورود الروايات يكون « ولا تمسكوا بعصم الكوافر » ناسخة لآية « والمحصنات من الذين أوتوا الكتاب » وورود تفسير الآية بالنكاح كما قدمنا نقله عن تفسير علي بن إبراهيم ، فلا وجه لهذا الكلام ، وهل هو الا نوع رد على الإمام - عليه السلام - في ما فسر به الآية في المقام . وبالجمله فان كلامه هنا بعيد عن التحقيق ، وسحيق في ذلك ، وأي سحيق (منه - قدس سره -) .

في التعارض، وأنه لا مخرج من ذلك إلا بنسخ أحدهما للثانية، وإن وقع الاختلاف بينهما في أن أيتهما النسخة وأيتهما المنسوخة .

وكيف كان فالمسألة بمحل من الاشكال ، لما عرفت من الاختلاف في الآيات و الروايات ، وإن كان ما ذكرناه هو الذي يترجح في النظر القاصر والذهن الفاتر ، والله العالم .

تنبيهات

الاول : ظاهر الأصحاب أن المجوس ليسوا داخلين تحت إطلاق أهل الكتاب، وأن أهل الكتاب حقيقة إنما هم اليهود والنصارى ، وهذا البحث المتقدم مخصوص بهم وإن ألحقوا بهم في بعض الأحكام .

قال شيخنا في المسالك بعد تمام البحث في اليهود والنصارى : بقي الكلام في المجوسية ، فإن الظاهر عدم دخولها في أهل الكتاب ، لقول النبي ﷺ (١) « سنتوا بهم سنة أهل الكتاب » فإن فيه إيماء إلى أنهم ليسوا منهم ولذلك قيل : إنهم معتن لهم شبهة كتاب ، وقد روى (٢) أنهم حرقوا كتبهم فرفعوا أيضاً فلا يلزم أن يسن بهم سنتهم في جميع الأحكام ، و ظاهر الرواية كونه في الجزية ، ويؤيده أنهم رددوا فيها أيضاً غير ناكحي نسائهم ولا آكلي ذبائحهم ، فيضعف الاحتجاج ببعضها دون بعض ، والرواية عامية ، إنتهى .

أقول : المفهوم من بعض الأخبار كونهم من أهل الكتاب وأنه كان لهم نبي د كتاب ، فردى في الكافي و التهذيب (٣) عن أبي يحيى الواسطي عن بعض أصحابنا

(١) الفقيه ج ٢ ص ٢٩ ح ١١ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٣ ص ٥٦٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٤ ص ١١٣ ح ١ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٦ ح ١ .

« قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس كان لهم نبي ؟ فقال : نعم . أما بلغك كتاب رسول الله صلى الله عليه وآله وسلم إلى أهل مكة أن أسلموا وإلا نأخذكم بحرب ، فكتبوا إلى النبي صلى الله عليه وآله وسلم أن خذ منا الجزية ودعنا على عبادة الأصنام ، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أني لم آخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ، فكتبوا إليه صلى الله عليه وآله وسلم يريدون بذلك تكذيبه عليه السلام : زعمت أنك لآخذ الجزية إلا من أهل الكتاب ثم أخذت الجزية من مجوس هجر ، فكتب إليهم النبي صلى الله عليه وآله وسلم : أن المجوس كان لهم نبي فقتلوه ، وكتاب فأحرقوه ، أتاهاهم نبيتهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد تور . »

ومارواه في التهذيب^(١) عن أبي يحيى الواسطي « قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام عن المجوس فقال : كان لهم نبي فقتلوه وكتاب أحرقوه ، أتاهاهم نبيتهم بكتابهم في اثني عشر ألف جلد تور . . . » .

« وقال الصدوق في الفقيه^(٢) : المجوس تؤخذ منهم الجزية ، لأن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : سنوا بهم سنة أهل الكتاب ، وكان لهم نبي اسمه جاماست فقتلوه ، وكتاب يقال إنه كان يقع في اثني عشر ألف جلد تور فحرقوه . »

وروى الصدوق في كتاب المجالس^(٣) بسنده عن الأصمغ بن نباتة أن علياً عليه السلام قال على المنبر : سلوني قبل أن تفقدوني ، فقام إليه الأشعث فقال : يا أمير المؤمنين علياً كيف تؤخذ الجزية عن المجوس ولم ينزل عليهم كتاب ولم يبعث إليهم نبي فقال : بلى يا أشعث قد أنزل الله عليهم كتاباً وبعث إليهم نبياً « الحديث . وروى الشيخ الطوسي في كتاب مجالسه^(٤) عن علي بن علي بن دعبل أخى

(١) التهذيب ج ٦ ص ١٧٥ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٣ .

(٢) الفقيه ج ٢ ص ٢٩ ح ١١ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٧ ح ٥ ، وفيها اختلاف مع الاصل .

(٣) المجالس ص ٢٠٦ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٧ .

(٤) مجالس ابن الشيخ ج ٢ ص ٣٧٥ المجلس ١٣ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ح ٩ .

دعبل بن علي عن علي بن موسى الرضا عليه السلام عن أبيه عن آبائه عليهم السلام عن علي بن الحسين عليه السلام أن رسول الله ﷺ قال : سنّوا بهم سنّة أهل الكتاب يعني المجوس . و روى الشيخ المفيد في المقنعة ^(١) عن أمير المؤمنين عليه السلام مرسلأ أنه قال : المجوس إنّما الحقوا باليهود والنصارى في الجزية والديات لأنّه قد كان لهم في ما مضى كتاب .

أقول : الظاهر أنه حيث لم يشتهر نبيّ المجوس وكتابهم كشهرة كتابي اليهود والنصارى ونبيّتهما بل كانوا عند الناس أولاً وآخراً أنّهم ليسوا بأهل الكتاب ولا نبيّ وقع التعبير بأن يسنّ بهم سنّة أهل الكتاب المشهورين ويلحقوا بهم . و ظاهراً أكثر هذه الأخبار أن ذلك إنّما هو بالنسبة إلى الجزية ، و ظاهر خبر الشيخ المفيد اللاحق في الديات أيضاً ، والظاهر أنه لهذا لم تجر عليهم أحكام أهل الكتاب المذكورة في هذا المقام بالنسبة إلى الكلام المتقدم نصّاً وفتوى، وإن كانت الأخبار مختلفة فيهم أيضاً لكن لعلّ الوجه المذكور .

ومن ذلك ما تقدم في النوع الأول من قول الرضا عليه السلام في كتاب الفقه ^(٢) «ولا يجوز تزويج المجوسيّة» .

وما تقدم في النوع السادس من رواية محمد بن سنان ^(٣) عن الرضا عليه السلام «قال : سألت عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة فقال : لا بأس ، فقلت : فمجوسيّة ، فقال : لا بأس به يعني متعة» ، بالتقريب المذكور في ذيلها ثمة .

ورواية منصور الصيقل ^(٤) المتقدم نقلها ثمة أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام «قال : لا بأس بالرجل أن يتمتع بالمجوسيّة» .

(١) المقنعة ص ٤٤ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٨ ج ٨ .

(٢) الفقه الرضوي ص ٢٣٥ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ .

(٣) و(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٦ ح ٣٢٠٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٢ ج ٥ و٤ .

وصحيحة إسماعيل بن سعد الأشعري^(١) المتقدمة ثمة أيضاً قال: سألت عن الرجل يتمتع من اليهودية والنصرانية: قال: لأرى بذلك بأساً قال: قلت: بالمجوسية؟ قال: أما المجوسية فلا.

وروى الشيخ في التهذيب^(٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن الرجل المسلم يتزوج المجوسية؟ فقال: لا، ولكن إن كانت له أمة مجوسية فلا بأس أن يطأها ويعزل عنها ولا يطلب ولدها.

قال في المسالك: وليس في حكم المجوسية أوضح من هذه الرواية، وقد دلت على النهي عن تزويجها مطلقاً الشامل للدام والمتعة، ونفي البأس عن وطئها بملك اليمين، ويمكن أن يستنبط منها جواز المتعة، لما روي أن المتمتع بها بمنزلة الأمة، إلا أن يلحق بأهل الكتاب حقيقة أو حكماً، وفيه نظر لأن الرواية عامة. إنتهى.

أقول: قد دلت صحيحة محمد بن مسلم وكلامه عليه السلام في الفقه الرضوي على تحريم التزويج بالمجوسية، وظاهرهما الإطلاق أعم من أن يكون دائمة أو متعة إلا أن غيرهما من هذه الأخبار قد اختلفت في المتعة، فمما يدل على الجواز رواية محمد بن سنان ومنصور الصيقل، ومما يدل على المنع صحيحة إسماعيل بن سعد. وحينئذ فمن يعمل بالأخبار كلها ضعيفها وصحيحها فوجه الجمع عنده هو حمل صحيحة إسماعيل على ما ذكره الشيخ من الكراهة عند التمكن من غير المجوسية، وتخصيص إطلاق كلامه عليه السلام في كتاب الفقه وصحيحة محمد بن مسلم بهذه الأخبار الدالة على جواز المتعة، فيحمل ذلك الإطلاق على الدائمة وهذا هو الأظهر. ومن يعمل على الاصطلاح المحدث كشيخنا الشهيد الثاني في المسالك وغيره،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦١ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٦٢ ح ٦٣، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٨ ح ١.

فإنهم يقفون على إطلاق الصحيحة المذكورة ونحوها فيمنعون من التزويج بها مطلقاً ، إلا أن فيه أنك قد عرفت الروايات المتقدمة أنها دالة على أن المجوس من جملة أهل الكتاب فيلحقهم في هذا المقام ما يلحق اليهود والنصارى من الأحكام ولا سيما التمتع الذي تكاثرت به الأخبار .

وقوله في المسالك : أن الرواية بكونهم ملحقين بأهل الكتاب عامية - بناء على ما قدمنا نقله عنه من إيراد تلك الرواية العامية - ضعيف لما عرفت من الروايات التي أوردناها من طرق أصحابنا - رضوان الله عليهم - وبالجملة فالأظهر هو المنع من تزويجها دوماً ، وأنه يجوز تزويجها متعة وبملك اليمين .

وأما قوله في المسالك - بعد ذكر صحيحة محمد بن مسلم - أنه ليس في روايات المسألة أوضح من هذه الرواية يعني باعتبار السند وصحته ، فيه أن صحيحة إسماعيل مثلها في الصحة لأنه نقلها في التهذيب عن أحمد بن محمد بن عيسى عن إسماعيل ، وطريقه إلى أحمد المذكور صحيح كما صرحوا به في الرجال ، وهي في المعنى مؤكدة لظاهر إطلاق صحيحة محمد بن مسلم .

الثاني : قد اختلف كلام الأصحاب في الصابئة ودينهم فقال الشيخ في المبسوط كما قدمنا نقله : فأما السامرة والصابئون فقد قيل :^(١) إن السامرة قوم من اليهود ، والصابئون قوم من النصارى ، والصحيح في الصابئة أنهم غير النصارى ، لأنهم يعبدون الكواكب .

وقال الفقيه في كتاب المصباح المنير^(٢) : وصابئون دين إلى دين يصبأ مهموز

(١) أقول : وهذا القول حكاه أيضاً العلامة في القواعد فقال : وأما السامرة فقيل : أنهم من اليهود ، والصابئون من النصارى ، والاصل أنهم ان كانوا يخالفون القبلتين في فروع الدين فهم منهم ، فان خالفهم في أصله فهم ملاحدة لهم حكم الحريين ، انتهى . (منه - رحمه الله -) .

(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٤٥٤ .

بقتحتين - : خرج ، فهو صابئ ، ثم جعل هذا اللقب علماً على طائفة من الكفار يقال أنها تعبد الكواكب في الباطن ، وتنسب إلى النصرانية في الظاهر ، وهم الصابئة والصابئون ويدعون أنهم على دين صابئ بن شيث بن آدم ، ويجوز التخفيف فيقال: الصابون .

وقال في القاموس^(١) : والصابئون يزعمون أنهم على دين نوح عليه السلام ، وقبلتهم من مهب الشمال عند منتصف النهار .

وقال في الصحاح : هم جنس من أهل الكتاب . ونقل العلامة في التذكرة عن الشافعي أنهم مبتدعة النصارى كما أن السامرة مبتدعة اليهود . أقول : والظاهر أن هذا هو القول الذي رده الشيخ في المبسوط .

وقال المحقق الشيخ علي في شرح القواعد : ويقال إن الصابئين فرقتان ، فرقة توافق النصارى في أصول الدين ، والآخرى تخالفهم فيعبدون الكواكب السبعة ، وتضيف الآثار إليها وتنفي الصانع المختار .

قال : وكلام المفيد قريب من هذا ، لأنه قال : إن جمهور الصابئين توحّد الصانع في الأزل ، ومنهم من يجعل معه هيلولى في القدم صنع منها العالم ، فكانت عندهم الأصل ، ويعتقدون في الفلك وما فيه الحياة والنطق أنه المدبّر لما في هذا العالم الدال عليه وعظّموا الكواكب وعبدوها من دون الله ، وسماها بعضهم ملائكة ، وجعلها بعضهم آلهة وبنوا لها بيوتاً للعبادات ، إنتهى .

وفي كتاب تفسير الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي^(٢) : الصابئون قوم لا مجوس ولا يهود ولا نصارى ولا مسلمون ، ولكنهم يعبدون الكواكب والنجوم .

وفي التبيان^(٣) للشيخ أبي جعفر الطوسي ، ومجمع البيان^(٤) لأبي علي الطبرسي :

(١) القاموس ج ١ ص ٢١ .

(٢) تفسير علي بن إبراهيم القمي ج ١ ص ٤٨ .

(٣) التبيان ج ١ ص ٢٨٣ .

(٤) مجمع البيان ج ١ ص ١٢٦ .

إلته لا يجوز عندنا أخذ الجزية عن الصابئة لأنهم ليسوا من أهل الكتاب .
إلى غير ذلك من أقوال العلماء المختلفة فيهم ، ولا سيما في كتاب الملل
والنحل ، فإنهم تكلم فيهم في مواضع وأطال .

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذه الطائفة ما نقله الشيخ فخر الدين
ابن طريح في كتاب مجمع البحرين^(١) عن الصادق عليه السلام : قال : سمى الصابئون لأنهم
صبوا إلى تعطيل الأنبياء والرسل والشرايع ، وقالوا كلما جاءوا به باطل ، فجددوا
توحيد الله ونبوة الأنبياء ورسالة المرسلين ، ووصية الأوصياء ، فهم بلا شريعة ولا
كتاب ولا رسول ، ومن هذا الخبر يظهر أنهم ملاحدة كفار ، ولا مجرى لهم في
هذا المضمار .

و أما السامرة فظاهر كلام من تعرض لذكرهم أنهم قوم من اليهود كما
تقدم في عبادة الشيخ في المبسوط ، والشيخ إنما أنكر ذلك في الصابئين ، ولم يتعرض
لذكر السامرة ، وربما أشعر كلامه بالموافقة على ما ذكره .

قال في كتاب المصباح المنير^(٢) : فالسامرة فرقة من اليهود وتخالف في أكثر
الأحكام . ونحو ذلك نقل العلامة - أجزل الله إكرامه - في القواعد ، وحينئذ فالظاهر
إجراء أحكام اليهود عليهم لصدق الاسم ، ودوران الأحكام مداره ، والله العالم .
الثالث : قال في المسالك : و اعلم أنه لا فرق في أهل الكتاب بين الحربي
منهم والذمي لشمول الاسم لهما ، ولكن تتأكد الكراهة في نكاح الحريّة حذراً
من أن يسترق وهي حامل منه ، ولا يقبل قولها في أن تحملها من مسلم .

أقول : الظاهر بعد ما ذكره - قدس سره - من الشمول للحربي في هذا
الحكم ، فإنه وإن كان الأمر كذلك من حيث الإطلاق ، إلا أن حكم الحربي
لما كان إنما هو القتل أو الدخول في الإسلام كتابياً أو غير كتابي وجب تخصيص

(١) مجمع البحرين ج ١ ص ٢٥٩ .

(٢) المصباح المنير ج ١ ص ٣٩٢ .

الحكم بغير الحربي ، وإلا لجاز نكاح الحريّة من غير أهل الكتاب ، لأنّ الجميع واحد من حيث الأحكام ، مع أنّه لا يقول به .

على أنّ بعض روايات المسألة تضمّن التعبير بالذمّة كرواية منصور بن حازم^(١) ورواية هشام بن سالم^(٢) المتقدمتين في النوع الأول ، وحينئذٍ يجب حمل معادهما من أخبار المسألة عليهما ، وبصير الحكم مختصاً بالذمّة دون الحريّة ، وبالجمله فإنّ ما ذكره من العموم عندي محلّ إشكال .

ثمّ إنّّه قال في المسالك أيضاً : وإنّما اختصّ أهل الكتاب باليهود والنصارى دون غيرهم ممّن يتمسكون بكتب الأنبياء كصحف شيث وإدريس وإبراهيم أو بالزبور ، لأنّ تلك الكتب لم تنزل عليهم بنظم تدرس وتلى ، وإنّما أوحى إليهم معانيها ، وقيل : إنّها كانت حكماً ومواعظ لم تضمّن أحكاماً وشرابع ، ولذلك كان كلّ خطاب في القرآن لأهل الكتاب مختصاً بهاتين الملتين ، انتهى .

المسألة الثانية : في ارتداد أحد الزوجين أو إسلامه ، والكلام هنا يقع في مواضع : الأول : قد صرح الأصحاب - رضوان الله عليهم - بأنّه لو ارتدّ أحد الزوجين عن الإسلام قبل الدخول إنفسخ العقد بينهما في الحال ، ونسب ذلك إلى عامة أهل العلم من الأصحاب وغيرهم ، سواء كان الارتداد عن ملة أو عن فطرة ، لأنّ الارتداد نوع من أنواع الكفر الذي لا يباح التناكح معه .

ثمّ إنّّه لا يخلو إمّا أن يكون المرتدّ هو الزوجة أو الزوج ، فإن كان الزوج فإنّه لا شيء لها لأنّ الفسخ جاء من قبلها قبل الدخول بها ، ويمكن الاستدلال بفعوى ما يدلّ على أنّ النصرانية إذا أسلمت قبل الدخول إنفسخ نكاحها ولا مهر لها ، كما سيأتي - إن شاء الله تعالى - في صحبة عبدالرحمن بن الحجاج ، فإنّ ذلك

(١) الكافي ج ٧ ص ٢٤١ ح ٨ ، التهذيب ج ١٠ ص ١٤٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٨ ص ٤١٥ ب ٤٩

يقتضي سقوط المهر هنا بطريق أولى^(١).

وإن كان المرتد الزوج فعليه نصف المهر المسمى وإن كانت التسمية صحيحة ، لأن الفسخ جاء من قبله فأشبهه الطلاق ، وإن كانت التسمية فاسدة فنصف مهر المثل وإن لم يكن سمياً شيئاً فالمتعة ، كذا صرح جملة منهم .

وقيل بثبوت جميع المهر في الصورة المذكورة ، لأنه هو الثابت بالعقد ، وتنصيفه يحتاج إلى دليل ، وقيام الدليل على التنصيف بالطلاق أو بإضافة الموت على قول لا يوجب إلحاق ما لا دليل عليه إلا بطريق القياس المحظور في الشريعة . واختار هذا القول شيخنا في المسالك ، وسبغه السيد السند في شرح النافع وقوته ظاهرة^(٢) إلا أنه قدرروي في الكافي والتهذيب^(٣) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في مجوسية أسلمت قبل أن يدخل بها زوجها فقال أمير المؤمنين عليه السلام لزوجهما : أسلم ، فأبى زوجها أن يسلم ، فقضى لها عليه نصف الصداق ، قال : ولم يزلها بالاسلام إلا عزاء .

والظاهر أنه إنما قضى لها بنصف المهر عليه ، لأن الفسخ جاء من قبله بعدم إسلامه بعد تكليفه له عليه السلام بذلك ، فإنه لو أسلم لكانا على نكاحهما ، فيكون من قبيل ما نحن فيه ، وفيه إشكال يأتي التنبيه عليه ، قالوا : ولو وقع الارتداد

(١) وجه الأولوية أنه إذا كان المهر يسقط بالاسلام فإنه يسقط بالكفر بطريق أولى (منه - قدس سره -) .

(٢) وينحو ذلك صرح سبطه في شرح النافع فقال : ان كان الارتداد بعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة إذا كان الارتداد من الزوجة وكان عن ملة فان رجع المرتدة قبل انقضائها ثبت النكاح ، وإلا تبين انفساخه من حين الارتداد من غير خلاف عندنا وعند أكثر العامة . انتهى ، والرواية كما نرى بخلافه (منه - قدس سره -) .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٧ .

منهما دفعة لإفساخ النكاح إجماعاً ، كذا نقل عن التذكرة ، وهل يسقط المهر أم لا ؟ وجهان ، والأصل يقتضي عدم .

هذا فيما إذا كان الارتداد قبل الدخول ، وأما بعد الدخول ، فإن كانت المرتدة هي المرأة مملّية كانت أوفطرية وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة وهي عندهم عدة الطلاق ، ولم أقف فيها على نص ، فإن انقضت العدة ولم ترجع إلى الاسلام فقد بانت ، ولا يجوز له في ضمن العدة التزويج باختها ولا بخامسة لأنها كالعدة الرجعية ، حيث إنه يرجي رجوعها وعودها في كل وقت ، كذا ذكره ، ولا يحضرنى الآن نص في أنها هل تبين بمجرد الارتداد ، أو يقف على انقضاء العدة كما ذكره .

وإن كان المرتد هو الزوج ، فإن كان عن ملة وقف الفسخ على انقضاء العدة وهي كعدة الطلاق ، فإن عاد قبل انقضاء عدتها فهو أملك بها ، وإلا فقد بانت منه ، كذا قالوا ، وبه صرح في المسالك .

والذي حضرنى من الأخبار المتعلقة بهذه الصورة حسنة أبي بكر الحضرمي^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا ارتد الرجل المسلم عن الاسلام بانت منه امرأته كما تبين المطلقة ثلاثاً وتعد منه كما تعد المطلقة ، فإن رجع إلى الاسلام وتاب قبل أن يتزوج فهو خاطب من الخطاب ، ولا عدة عليها منه ، وإنما عليها العدة لغيره ، فإن قتل أو مات قبل انقضاء العدة إعتدت منه عدة المتوفى عنها زوجها ، وهي ترثه في العدة ولا يرثها إن مات ، وهو مرتد عن الاسلام .

وهذه الرواية - كما ترى - دالة على أنها تبين منه بمجرد الارتداد كما تبين المطلقة ثلاثاً ، وأنه لو تاب وهي في العدة فهو خاطب من الخطاب ، وهو أيضاً صريح في البيئونة بمجرد الارتداد ، غاية الأمر أن له أن يتزوجها في العدة ، حيث

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥٣ ح ٣ مع اختلاف يسير ، التهذيب ج ٩ ص ٣٧٣ ح ١٠ وج ١٠ ص ١٤٢ ح ٢٤ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٤٢ ب ٢٦٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٧ ص ٣٨٦ ح ٤ .

إنّما عدته ، وأما غيره فلا يتزوجها إلا بعد انقضاء العدة .

ومورد الخبر هو المألي ، لأنّ الفطري - كما سيأتي الكلام فيه - يجب قتله ، ولا يتزوج ولا يقبل توبته بالنسبة إلى التزويج ونحوه ، وهم قد ذكروا - كما قدمنا نقله عنهم - أنّه يقف فسخ عقد النكاح على انقضاء عدة المرأة منه ، وأنّه إن عاد إلى الاسلام قبل انقضاء العدة فهو أمّ ملك بها ولا يحتاج إلى عقد آخر ، والرواية - كما ترى - على خلافه ، وقد صرحوا بأنّه لا يسقط من المهر هنا شيء لاستقراره بالدخول ، وهو كذلك .

وإن كان ارتداد الزوج عن فطرة فإنّ زوجته تبين منه في الحال ، وتعدّ عدة الوفاة لوجوب قتله وعدم قبول توبته بالنسبة إلى الأحكام الدينيّة من بينونة زوجته ، وقسمة أمواله ووجوب قتله ، وإن قبلت فيما بينه وبين الله عزّ وجل ، كما تقدم تحقيقه في باب القضاء من كتاب الصلاة ، والأخبار بما ذكرنا من حكم المرتد الفطري متظافرة .

منها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم فقال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرتد ، فقال: من رغب عن الاسلام وكفر بما أنزل الله على محمد وآله بعد إسلامه فلا توبة له ، وقد وجب قتله ، وباتت منه امرأته ، ويقسم ما ترك على ولده .
وما رواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن عمّار الساباطي في الموثق قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: كلّ مسلمين مسلمين إرّدت عن الاسلام وجحد عهداً وآلقت نبوته وكذبه ، فإنّ دمه مباح لكلّ من سمع ذلك منه ، وامرأته بائنة منه يوم ارتد ، فلا تقربه ، ويقسم ماله على ورثته ، وتعدّ امرأته عدة المتوفى عنها زوجها ، وعلى

(١) الكافي ج ٧ ص ١٥٣ ح ٤ ، التهذيب ج ١٠ ص ١٣٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٨ ص ٥٤٤ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ٢٥٧ ح ١١ ، التهذيب ج ١٠ ص ١٣٦ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٨٩ ح ١ ،

الوسائل ج ١٨ ص ٥٤٤ ح ٣ .

الامام أن يقتله ، ولا يستتيه ، إلى غير ذلك من الأخبار ، ويثبت المهر أيضاً في هذه الصورة كما في سابقتها للعلّة المتقدمة .

بقي هنا شيء ، وهو أنهم قالوا : لو كان ارتداده عن فطرة وبات منه فلو وطأها شبهة عليها فعليه مهر آخر للشبهة ، والظاهر أنه مما لا إشكال فيه .

وإن كان ارتداده عن ملة وكان بعد الدخول بها فإنه يقف نكاحه على العدة - كما تقدم - فإن رجع إلى الاسلام فيها استمرّ على نكاحه الأول ، وإن بقي على ارتداده تبين انفساخ النكاح من حين الردة ، وعلى هذا لو وطأها بشبهة على المرأة فإن رجع في العدة فلا شيء عليه ، لأن إسلامه كشف عن كونها زوجته حال النكاح ، ومن ثم إنّه بنى على العقد الأول .

وإن بقي على كفره حتّى مضت العدة ، فهل عليه مهر لو وطأ الشبهة زائداً على الأول أم لا ؟ قولان :

أولهما للشيخ ، قال : لأنّ عدم عوده إلى الاسلام كشف عن بطلان النكاح بالردة فكانت كالأجنبية .

وقيل^(١) : لا يلزمه لهذا الوطء مهر لأنّها في حكم الزوجة وإن حرمت عليه ولهذا لو رجع لم يفتقر إلى عقد جديد ، بل يبني على الأول ، فدلّ على بقاء حكمه وإن حصل التحريم ، غايته أن يكون الردة كالطلاق الرجعي ، وهو لا يوجب البينونة .

قال في المسالك : ولعلّ هذا أقوى ، والظاهر أنه بناء على ما اختاره في المسالك من أنه لا حدّ عليه لو وطأها لأنّها في حكم الزوجة وإن كان ممنوعاً من وطئها .

وأما على مذهب الشيخ فيشكل ذلك بما ذكرنا ، وما ذكره من كونها بحكم الأجنبية ، إلّا أن يحمل كلامه على أنها بحكم الأجنبية بالنسبة إلى المهر لوطء

(١) هذا هو القول الثاني .

الشبهة خاصة .

قال في المسالك : ويجب العدة لهذا الوطء ، وهما عدتان من شخص واحد فهو بمثابة ما لو طلق امرأته ثم وطأها في العدة واجتماعهما في الاسلام بمثابة الرجعة هناك، إنتهى .

وأنت خير بأن ظاهر كلام الأصحاب - رضوان الله عليهم - أن الأصل في مسألة المرتد هو ما تقدم في الكافر الغير الكتابي من عدم جواز مناكحته ، بناءً على الاشتراك في الكفر كما تقدمت الإشارة إليه صدر المسألة ، فبنوا الأحكام في جميع شقوقها المذكورة على ذلك .

وأيدوه ببعض ماورد في أحكام المرتد ، وللنظر في ذلك مجال ، فإن الأدلة الدالة على تحريم نكاح الكفار ذكوراً وإناثاً من الآيات والروايات إنما يتبادر منها المشترك الغير الكتابي مثل قوله عز وجل " و لا تنكحوا المشركات حتى يؤمنن " ولا تنكحوا المشركين حتى يؤمنوا ،^(١) و لا تمسكوا بعصم الكوافر ،^(٢) ونحو ذلك الروايات أيضاً ، وليس بعد ذلك إلا الأخبار الواردة في المرتد ، وهي غير وافية بالأحكام المذكورة هنا ، وحينئذ فيشكل الحكم في جملة منها كما أشرنا إليه آنفاً سيما بما عرفته من كلامهم في حكم المرتد المملّي إذا كان بعد الدخول ، ودلالة الرواية على خلاف ما ذكره .

النائي : قالوا إذا أسلم زوج الكتابية فهو على نكاحه سواء كان إسلامه قبل الدخول أو بعده ، وهو موضع وفاق من العلماء المجوزين نكاح الكتابية والمائنين ، ومحل الخلاف المتقدم إنما هو في ابتداء نكاح المسلم الكتابية دون استدامته ، قالوا : ولا فرق في هذا الحكم بين أن يكون الزوج كتابياً أو غير كتابي من أصناف الكفار .

(١) سورة البقرة - آية ٢٢١ .

(٢) سورة الممتحنة - آية ١٠ .

أقول : يمكن الاستدلال على ذلك بما رواه في الكافي^(١) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما ، الخبر .

فإنه بإطلاقه شامل لما نحن فيه إلا أنه قد روي في الكافي^(٢) أيضاً عن منصور ابن حازم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أو مشرك من غير أهل الكتاب كانت تحتها امرأة فأسلم أو أسلمت قال : ينظر بذلك انقضاء عدتها وإن هو أسلم أو أسلمت قبل أن تنقضي عدتها فهما على نكاحهما الأول ، وإن هو لم يسلم حتى تنقضي العدة فقد بائت منه .

وما رواه في التهذيب^(٣) عن أحمد بن محمد أبي نصر في الصحيح قال : سألت الرضا عليه السلام عن الرجل تكون له الزوجة النصرانية فتسلم ، هل يحل لها أن تقيم معه ؟ قال : إذا أسلمت لم تحل له ، قلت : جعلت فداك فإن الزوج أسلم بعد ذلك أيكونان على النكاح ؟ قال : لا ، بتزويج جديد^(٤) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٦ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٥ .

(٤) أقول . قد وقع في رواية هذا الخبر اختلاف في النسخ ، ففي بعضها بغير لفظ « لا » ، قال : بتزويج جديد ، وفي بعض - كما ذكرنا في الاصل - قال : لا ، بتزويج جديد ، وفي بعضها بالتأنيث الفوقيتين مع لفظ لا وهو « لا تتزوج » وعلى هاتين النسختين فكلمة « لا » منفصلة ، وعلى الاخرى يحتمل اتصالها وان بعد ، فيحمل قوله بعد ذلك على ما قبل انقضاء العدة جمعاً بين الاخبار ، كذا ذكره في الوافي .

أقول : ونحو هذا الخبر ما رواه الحميري في كتاب قرب الإسناد عن أحمد بن محمد ابن عيسى عن البرنظي قال : سمعت رجلاً يسأل أبا الحسن - عليه السلام - عن النصراني تسلم امرأته ثم يسلم زوجها ، أيكونان على النكاح الاول ؟ قال : لا ، يجددان نكاحاً

قوله « فإن الزوج أسلم بعد ذلك » ينبغي حمله على انقضاء العدة ، أي أسلم بعد انقضاء العدة كما دل عليه الخبر المتقدم ، والمفهوم منهما أنه مع إسلام أحدهما فإنه يكون ثبوت النكاح واستمراره مشروطاً بإسلام الآخر قبل انقضاء العدة ، وإطلاعهما شامل لما نحن فيه .

وعلى هذا يمكن تقييد خبر محمد بن مسلم المتقدم بمورده ، وهو أهل الذمة خاصة بأن يكون الزوج والزوجة ذميّين ، ويكون من جملة الأخبار المتقدمة الدالة على جواز نكاحهن ، إلا أنه يشكك بما يدل عليه على إطلاقه من جواز نكاح المسلمة ، والأقرب تقييده بخبر منصور بن حازم بأن يكون معنى قوله « يكونان على نكاحهما » يعني إذا أسلم الآخر قبل انقضاء العدة .

وكيف كان فالظاهر أنه لا مستند لما ذكره من الحكم الذي قدمنا نقله عنهم إلا الاجماع المدعى في المقام ، إذ لم أقف في الأخبار بعد الفحص على ما يدل على ذلك بخصوصه ، والله العالم .

الثالث: إذا أسلمت زوجة الكافر فإن كان قبل الدخول إنفسخ النكاح في الحال ، لعدم العدة و امتناع كون الكافر زوجاً للمسلمة ، ولامهر لأن الفرقة جاءت من قبلها ، ويدل على ذلك ما رواه ثقة الاسلام^(١) في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج

آخر « وهذا الخبر أيضاً لا يخلو عن اشكال ، لاحتمال أن يكون « لا » منفصلة ، وبها حصل الجواب عن السؤال بمعنى أنها لا يكونان على النكاح الاول ، بل يجددان نكاحاً آخر ، وهذا هو الظاهر ، ويحتمل أن يكون متصلة دالة على النهي عن تجديد نكاح آخر ، وحاصله أنها يكونان على النكاح الاول ولا يجددان نكاحاً آخر ، وعلى كل منهما فهو مشكل من حيث التفصيل الذي عرفته في الاصل بالاسلام قبل انقضاء العدة وبعدها وأنه انما يصح النكاح على الاول دون الثاني . (منه - قدس سره -) والرواية المذكورة في التعليقة في قرب الاسناد ص ١٦٧ ، والوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ذيل ح ٥ .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٦ .

عن أبي الحسن د في نصراني تزوج نصرانيّة فأسلمت قبل أن يدخل بها ، قال :
قد انقطعت عصمتها منه ولا مهر لها ولا عدة عليها منه .

أقول : مادل عليه الخبر من عدم المهر لها في هذه الصورة هو المعروف من
مذهب الأصحاب كما صرحوا به ، إلا أنه قد تقدم في رواية السكوني ^(١) المذكورة
في صدر المسألة عن أمير المؤمنين عليه السلام د في مجوسية أسلمت قبل أن يدخل بها
زوجها فقتل عليه السلام أن لها عليه نصف الصداق .

ويمكن الجمع بين الروايتين : بأن رواية السكوني قد تضمنت أن أمير المؤمنين
عليه السلام قد دعاه إلى الاسلام فلم يجب ، ولو أجاب لكنا على نكاحهما ، فلما لم يجب
كان الفسخ من قبله فيكون في حكم الطلاق ، بخلاف صحيحة عبد الرحمن ، فإنها
لم تتضمن ذلك ، فكان الفسخ من قبل الزوجة ، ولعل قصر رواية السكوني على
موردها ، والعمل بما دلّت عليه الصحيحة المذكورة أولى ، سيما مع اعتضاها بفتوى
الأصحاب ^(٢) .

و إن كان بعد الدخول وقف انفساخ العقد على انقضاء العدة ، وهي عدة
الطلاق من حين إسلامها فإن انقضت العدة وهو على كفره تبين أنها قد بان منه
حين إسلامها ، وإن أسلم قبل انقضائها تبين بقاء النكاح .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٨ ص ٩٢ ح ٢٣٤ مع اختلاف سير ، الوسائل ج ١٤

ص ٤٢٢ ح ٧ .

(٢) أقول : ومن هنا يظهر أن غير الكتابي محل اتفاق فيما ذكرناه من الحكم ، وأنه مع عدم
الدخول يجب انفساخ العقد ، ومع الدخول يقف على انقضاء العدة ، فانه ان كان المسلمة
هي الزوجة فلا سبيل للكافر عليها - كما تقدم دلالة الآيات عليه - ولا تحمل له ، وإن كان هو
الزوج فقد عرفت أن المسلم انما يجوز له التزويج بالكتابية على الخلاف المتقدم ، هذا في
الابتداء ، وأما الاستدامة فقد تقدم أن الجواز متفق عليه ، وأما غير الكتابية فلا دليل على
جوازه ، بل الآيات والاختبار دالة على المنع منه ، وبالجمله فالمسألة ليس محل اشكال . (منه -
رحمه الله) .

ويدل على هذا رواية منصور بن حازم^(١) المتقدمة في سابق هذا الموضع ، ونحوها ما رواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن السكوني « عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين إن امرأة مجوسية أسلمت قبل زوجها ، قال علي بن الحسين : أسلمت ؟ قال : لا ، ففرق بينهما ، ثم قال : إن أسلمت قبل انقضاء عدتها فهي امرأتك ، وإن انقضت عدتها قبل أن تسلم ثم أسلمت فأنت خاطب من الخطاب » .

والمشهور بين الأصحاب أنه لا فرق فيما ذكرناه بين أن يكون الزوج كتابياً أو غير كتابي ، وذهب الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار إلى اختصاص الحكم المذكور بغير الكتابي ، أما الكتابي فإنه ذهب فيه إلى بقاء النكاح وعدم انفساخه إذا كان الزوج بشرائط الذمة ، ولكنه لا يمكن من الدخول عليها ليلاً ، ولا من الخلوة بها نهائياً .

واستدل على المشهور بما تقدم من أخبار المسألة ، وصحيفة أحمد بن محمد بن أبي نصر^(٣) المتقدمة في سابق هذا الموضع .

ويدل على ما ذهب إليه الشيخ^(٤) ما رواه عن جميل بن دراج عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليهما السلام أنه قال في اليهودي والنصراني والمجوسي إذا أسلمت امرأته ولم يسلم قال : هما على نكاحهما ، ولا يفرق بينهما ، ولا يترك أن يخرج بها من دار الإسلام إلى دار الكفر .

وعن محمد بن مسلم^(٥) في الحسن بن إبراهيم بن هاشم مع إرسال ابن أبي عمير

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٦ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠١ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٧ ح ٥ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٠ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٠ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٨ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢١ ح ٥ .

الذي ينظم مراسلاته في الصحاح عن أبي جعفر عليه السلام قال : إن أهل الكتاب وجميع من له ذمة إذا أسلم أحد الزوجين فهما على نكاحهما وليس له أن يخرجها من دار الاسلام إلى غيرها ، ولا يبيت معها ، ولكنه يأتيها بالنهار ، وأما المشركون مثل مشركي العرب وغيرهم فهم على نكاحهم إلى انقضاء العدة ، فإن أسلمت المرأة ثم أسلم الرجل قبل انقضاء عدتها فهي امرأته ، وإن لم يسلم إلا بعد انقضاء العدة فقد بان من ولاسبيل له عليها ، وكذلك جميع من لازمة له ^(١).

ومارواه في الكافي ^(٢) عن يونس قال : الذمي تكون له المرأة الذمية فتسلم امرأته ، قال : هي امرأته يكون عندها بالنهار ، ولا يكون عندها بالليل ، قال : فإن أسلم الرجل ولم تسلم المرأة يكون الرجل عندها بالليل والنهار .

وطعن السيد السند في شرح النافع في الروايتين الاولين بضعف السند من حيث إرسال الاولى مع اشتغال سندها على علي بن حديد ، وإرسال الثانية ، حيث إن ابن أبي عمير قد رواها عن بعض أصحابه وهو مشعر باعتباره بصراحة دلالة الخبرين ، وحينئذ فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح المحدث بتحتيم عليه العمل بالروايتين المذكورتين سيما مع تصريحه هو وغيره بقبول مراسلات ابن أبي عمير ، وأنها في حكم المسانيد عندهم .

وقال المحدث الكاشاني في الوافي - بعد إيراد خبر محمد بن مسلم وما قبله - ما لفظه : أفتى في التهذيبين بهذا الخبر في حكم أهل الذمة ، وأول المقيّد من الأخبار بانقضاء العدة فيهم بما إذا أخلوا بشروط الذمة ، وفيه بعد ، بل هذا الخبر وما قبله أولى بالتأويل مما تقدمهما لمخالفتها قوله عز وجل ولئن يجعل الله للكافرين على

(١) وروى الرضا - عليه السلام - في كتاب الفقه عن أبيه عن جعفر عن أبيه - عليهم السلام - في امرأة تسلم تحت نصراني ، قال : هي امرأته ما لم يخرجها من دار الهجرة ، وهذه الرواية في معنى مرسله جميل المذكورة في الاصل ورواية محمد بن مسلم . (منه - قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٢ ح ٨ .

المؤمنين سيلاً^(١) إنتهى .

أقول : فيه (أولاً) إن الأخبار المتضمنة للتقييد بانقضاء العدة بمعنى أنه لا يحكم بالبينونة إلا بعد انقضاء العدة ليست إلا رواية منصور بن حازم ، ورواية السكوني ، وليس في شيء منهما ما يدل على أن الزوج كان ذمياً بل هما مطلقتان بل رواية منصور ظاهرة في كون الزوج ليس من أهل الذمة ، ورواية محمد بن مسلم المذكورة قد فصلت حكم الذمي وغيره ، ومقتضى القاعدة حمل المجمع على المفصل والمطلق على المقيّد .

و(ثانياً) ما استند إليه في الاستدلال على ما اختاره من جعل التأويل في جانب هذه الروايات الثلاثة من الآية المذكورة تبعاً للأصحاب فيما استدّلوا به في جملة من الأبواب بهذه الآية ، مع أنه روى في تفسيره الصافي^(٢) عن الرضا عليه السلام ما يدل على أن المراد من السبيل إنما هو من حيث الحجّة والدليل لا الاستيلاء والغلبة ، فإن استيلاء الكفرة والفراغة على المؤمنين بل الأنبياء والأئمة المعصومين عليهم السلام بالقتل والاهانة أمر لا ينكر - كما صرح به عليه السلام في الخبر - وقد تقدم ذكرنا ذلك في غير موضع .

وبالجملة فإن قول الشيخ المذكور قوي لا أعرف له علّة إلا ما يتخيّل من ضعف أخباره ، بناء على هذا الاصطلاح المحدث الذي هو إلى الفساد أقرب منه إلى الصلاح ، وروايات المسألة التي استدّل بها للقول المشهور مطلقة قابلة للتقييد بهذه الأخبار^(٣) .

(١) سورة النساء - آية ١٤١ .

(٢) تفسير الصافي ج ١ ص ٤٠٦ .

(٣) أقول : وغاية ما استدل به العلامة - للقول المشهور - الآية المذكورة المتضمنة لنفي السبيل من الكافرين على المؤمنين ، وصحيحة البيهقي ، وأنت خير بما في الاستدلال بالآية كما ذكرنا في الاصل .

وأما الرواية فانما عبر فيها عن الزوج بالرجل ، وهو أعم من كونه ذمياً أو غيره ، فهو قابل في التقييد بما استدل به الشيخ من التفصيل ، ومثلها أيضاً رواية السكوني التي استدل بها ثمة ، فانها تضمنت لفظ « الزوج » وهو أعم أيضاً .

قال السيد السند في شرح النافع : والمعجب أن الشيخ في الخلاف وافق الجماعة على انفساخ النكاح بخروجها من العدة محتجاً بإجماع الفرقة ، مع اختياره لهذا القول في النهاية وكتايب الأخبار .

أقول : من يعرف حال الشيخ وطريقته في دعوى الاجماع واختلاف أقواله وفتاويه في كتبه لا يتعجب منه ، فإنه في بعض كتبه كالخلاف والمبسوط من رؤوس المجتهدين ، وفي بعض آخر كالنهاية وكتايب الأخبار من رؤوس الأخباريين وشتان ما بين الحالتين .

وقال في المسالك : واعلم أنه على قول الشيخ بعدم بطلان النكاح في الذمي لافرق بين كون إسلامها قبل الدخول وبعده لتناول الأدلة للحالتين ، وربما فهم من عبارة بعض الأصحاب اختصاص الخلاف بما لو كان الإسلام بعد الدخول وليس كذلك.

وأما الرواية التي أشرنا إليها في تفسير الآية بأن المراد بالسييل انما هو من طريق الحجة والدليل فهي ما رواه الصدوق في كتاب عيون الأخبار (١) عن الرضا - عليه السلام - في حديث قال فيه : وفيهم قوم يزعمون أن الحسين بن علي - عليهما السلام - لم يقتل ، وأنه ألقي شبهه على حنظلة بن أسعد الشامي ، وأنه رفع الى السماء كما رفع عيسى بن مريم ويحتجون بهذه الآية ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ فقال : كذبوا ، عليهم غضب الله ولعنته - الى أن قال - فأما قوله عز وجل ﴿ولن يجعل الله للكافرين على المؤمنين سبيلاً﴾ فانه يقول لن يجعل الله لكافر على مؤمن حجة ، ولقد أخبر الله عن كفار قتلوا نبيين بغير الحق ومع قتلهم إياهم لن يجعل الله لهم على أنبيائه - عليهم السلام - ، سبيلاً من طريق الحجة . انتهى

أقول : فإذا كان معنى الآية انما هو ما ذكره - عليه السلام - ، فكيف يصح الاستدلال بها في أمثال هذه المقامات على هذه الأحكام ، لكن يمكن العذر لأصحابنا من حيث عدم الوقوف على الخبر المذكور ، وأما مثل المحدث الكاشاني - رحمه الله عليه - الذي ذكره في تفسير الصافي (٢) فكيف يسوغ معه الاستدلال به هنا تبعاً للأصحاب ، والله العالم . (منه - قدس سره) .
(١) عيون أخبار الرضا - عليه السلام - ج ٢ ص ٢٠٤ ح ٥ طبع النجف الأشرف .
(٢) تفسير الصافي ج ١ ص ٤٧٤ طبع بيروت نقلاً عن العيون .

إنتهى وهو جيد .

تذنيب

لو انتقلت زوجة الذمي من دين الكفر الذي كانت عليه إلى دين آخر من أديان الكفر أيضاً قالوا : وقع الفسخ في الحال ، وإن عادت بعد ذلك إلى دينها ، وظاهره أن الدين الذي انتقلت إليه أعم من أن يقر أهل عليه أم لا ، لمعوم قوله تعالى « ومن يبتغ غير الاسلام ديناً فلن يقبل منه » ^(١) وقوله ﷺ « من بدل دينه فاقتلوه » ، وحينئذ يقع الفسخ بينهما في الحال لأنها لا تقرر على ذلك ، وإنما الحكم فيها القتل ، أو الدخول في الاسلام ، وعلى التقديرين ينفسخ النكاح بينها وبين الذمي .

وأورد عليه أنه محل نظر من وجهين : (أحدهما) إن حكمنا على الذمي بذلك غير لازم لجواز انتقالها إلى دين يصح فيه التناكح في دينهم ، فلا ينفسخ مادامت حيّة ، وعلى تقدير قتلها فالانفساخ من جهته لا من جهة الكفر .

(الثاني) إنه على تقدير الاسلام لا ينبغي إطلاق الحكم بالانفساخ بل يجيء فيه التفصيل السابق حتى لو كان بعد الدخول فوقف الانفساخ على انقضاء العدة قبل إسلامه ، ولو كان انتقالها إلى دين يقر أهل عليه كما لو انتقلت اليهودية إلى النصرانية ، فيسنى على أنها هل تقرر على ذلك أم لا ؟ وعلى تقدير عدم إقرارها لو عادت إلى دينها هل تقرر على ذلك كما كانت تقرر ابتداءً أم لا ؟ خلاف ، ذكر في بحث الجهاد . إنتهى .

أقول : وحيث كانت المسألة عارية من النص ، فالكلام فيها مشكل ، إلا أن هذا خلاصة ما ذكره في المقام .

(١) سورة آل عمران - آية ٨٥ .

(٢) في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ١٠١ .

المسألة الثالثة : إذا أسلم الذمي على أكثر من أربع منكوحات بالعقد الدائم من الحرائر و أمتين و حرتين فارق ما زاد على العدد المذكور ، و لو كان عبداً استدام حرتين أو حرة و أمتين و فارق ما زاد ، واستدل عليه في المسالك ^(١) بأن النبي ﷺ قال لغيلان «أمسك أربعاً و فارق سائرهن» حيث إنه أسلم وعنده ثمان نسوة فقال له النبي ﷺ ذلك .

أقول : الظاهر أن الخبر المذكور من أخبار العامة فإنني لم أقف عليه في كتب أخبارنا ، والموجود فيها ما رواه في الكافي والتهذيب ^(٢) عن عقبة بن خالد عن أبي عبد الله عليه السلام في مجوسي أسلم وله سبع نسوة وأسلمن معه كيف يصنع ؟ قال : يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً ، إلا أن مورد هذه الرواية خارج عما نحن فيه لكونها متضمنة لاسلامهن معه ، ومحل البحث بقاء الزوجات على دينهن ، نعم الرواية الأولى دالة بإطلاقها على ذلك ، إلا أنك قد عرفت ما فيها ، والظاهر أن قوله في الرواية المذكورة «يطلق» من الإطلاق من باب الأفعال ، أو يحمل على التطلق اللغوي بمعنى التخلية والترك ، فإن المعلوم من كلام الأصحاب أنه يفسخ عقد الزائد على من يختاره من الأربع ولا يتوقف على طلاق ، إلا أنني لم أقف لهم على نص فيه ، والخروج عن ظاهر الخبر بغير معارض مشكل .

و كيف كان فلا بد من تقييد هذا الحكم المذكور في صدر المسألة بقيود ، منها تقييد الزوجات بكونهن «كتابيات مثله ليصح» استدامة نكاح العدد المعتبر لما تقدم في الموضوع الثاني من سابق هذه المسألة من أن الخلاف في نكاح المسلم الكتابية إنما هو في الابتداء دون الاستدامة ، فإن الجواز فيها موضع وفاق ، وحينئذ فيجب تخصيص الزوجات بالذميات ، فلو كن «كافرات غير ذميات فلا بد»

(١) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٤ ب ٤ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١ .

من مراعات ما تقدم فيهن من أنه إن أسلمن معه في العدة إن كان بعد الدخول، أو مطلقاً إن كان قبله، وإلا انفسخ نكاحهن بإسلامه لعدم جواز تزويج المسلم الكافرة الغير الكتابية.

ومنها أنه يجب تقييدهن بكونهن ممن يجوز نكاحهن في دين الاسلام كما نبه عليه بعض الأعلام وهو واضح.

ومنها أن تخيير الحر أمتين وحررتين كما تقدم مبني على جواز نكاح الأمة بدون الشرطين، وحينئذ اعتبرنا الشرطين في جواز نكاح الأمة كما هو أحد القولين احتمل انفساخ النكاح ههنا إذا جامعته حرة لقوات الشرط، ويحتمل عدم الانفساخ بناء على أن اعتبار الشرطين إنما هو بالنسبة إلى ابتداء النكاح لا في استدامته، وإلى هذا مال في التذكرة ونسبه إلى علمائنا واستوجهه في المسالك، قالوا: ولا فرق في جواز اختياره لمن شاء منهن على تقدير زيادتهن على العدد الشرعي بين من ترتب عقدهن أو اقترن، ولا بين الأدائل والأدخار، ولا بين من دخل بهن وغيرهن.

وظاهر العلامة في التذكرة أن ذلك موضع وفاق بين علمائنا حيث إنه إنما نقل الخلاف في ذلك عن بعض العامة^(١) واستدل على هذا الحكم بحديث غيلان المتقدم من حيث إن عدم الاستفصال فيه يفيد العموم. قال في شرح النافع: وفي السند والدلالة نظر، ولا فرق عندهم في هذا الحكم بين ما لو أسلم بعض تلك الزوجات وعدمه، فإن التخيير باقٍ حتى لو كان عنده ثمان فأسلم معه أربع منهن لم يمنع ذلك من اختيار الكتابيات، لأن الاسلام لا يمنع الاستمرار على نكاح الكتابية ولا يوجب تحته نكاح المسلمة. نعم الأدلى والأفضل اختيار المسلمات لشرف المسلمة

(١) أقول: الخلاف المنقول عن بعض العامة هنا هو أنه إذا تزوجهن في عقد واحد اندفع نكاح الجميع وإن كان في عقود مترتبة لزمه الأربع الأوائل، وأصحابنا لم يعتدوا به. (منه - قدس

على الكافرة ، إلا أنه قد تقدمت الإشارة إلى أننا لم نقف لهم على نص "يدل" على ما ذكره من هذه الدعوى ، وليس إلا ما ينقل من اتفاقهم على ذلك كما تقدم في آخر الموضوع الثاني من سابق هذه المسألة ، ثم إن من أراد فراقها لا يخلو إما أن يكون قد دخل بها أم لا ، وعلى الثاني فلامهر لها ، وعلى الأول فالمسمى إن كان ، على قول ، وقوامه في المسالك ، وقيل يثبت لها مهر المثل لفساد نكاح ما زاد على العدد فيكون كوطء الشبهة .

تذنيبان

الأول : روى الصدوق في الفقيه و الشيخ في التهذيب^(١) في الموثق عن عمار الساباطي « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أذن لعبدته في تزويج امرأة حرة فتزوجها ، ثم إن العبد أبق من مواليه فجاءت امرأة العبد تطلب نفقتها من مولى العبد فقال : ليس لها على مولى العبد نفقة وقد بانت عصمتها منه ، لأن إباق العبد طلاق امرأته ، وهو بمنزلة المرتد عن الاسلام ، قلت : فإن هو رجع إلى مولاه أترجع امرأته إليه ؟ قال : إن كانت انقضت عدتها منه ثم تزوجت زوجاً غيره فلا سبيل له عليها ، وإن كانت لم تتزوج ولم تنقض العدة ، فهي امرأته على النكاح الأول » هكذا في رواية الشيخ ، الخبر .

وفي رواية الصدوق له هكذا « وإن كانت لم تتزوج فهي امرأته على النكاح الأول » ولفظ « ولم تنقض العدة » غير مذکور في البين ، وظاهر رواية الصدوق أنها من انقضاء العدة تبقى على نكاحها ما لم تتزوج ، وأما على رواية الشيخ فهو مسكوت عنه ، والقول بمضمون هذه الرواية منقول عن الشيخ في النهاية وابن حزم إلا أن ابن حزم قيده بكون الزوجة أمة غير سيده ، وتزوجها بإذن السيد ثم

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٦ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٣٧ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥

أبق ، و علّل الحكم مع الرواية بأن الارتداد خروج العبد عن طاعة السيّد ، وهذا المعنى حاصل في الابق ، فإنّه كما يجب على المكلف الحر طاعة الله كذلك يجب على العبد طاعة سيّده ، فيتّجه الحكم مع اتحاد علته ، وردّ بأن طريق الرواية ضعيف ، و في التعليل فساد ، لمنع كون الارتداد خروج العبد عن طاعة سيّده مطلقاً ، بل خروجه عن طاعة الله معتقداً عدم وجوب الطاعة وما في معنى ذلك ، والابق ليس كذلك ، وإلاّ لزم قتل الآبق كما يقتل المرتد .

قال في المسالك بعد ذكر ذلك : والحق بقاء الزوجيّة ووجوب النفقة على مولاه لعدم دليل صالح يخرجها عن الأصل ، إنتهى . وقال سبطه السيّد السند في شرح النافع بعد ذكر الرواية : ونقل قول الشيخ وابن حمزة بذلك والمعتمد بقاء الزوجيّة إلى أن تقع البينونة بطلاق أو غيره ، لأن هذه الرواية لا تبلغ حجة في إثبات هذا الحكم ، إنتهى .

أقول : والحكم في هذا المقام لا يخلو من شوب الاشكال لخروج هذه الرواية على خلاف القواعد المقررة والضوابط المعتمدة المستفادة من الأخبار المتكاثرة ، وإمكان تخصيص تلك القواعد بهذا الخبر والعمل بمضمونه في هذا الفرد كما تقدم نظائر ذلك في مواضع عديدة ، والله العالم .

الثاني : قد صرح جملة من الأصحاب - رضوان الله عليهم - بأنّه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميّة على الغسل من حيض كان أجنبياً ، لأن ذلك حق الله عزّ وجل ، لاحق الزوج ، والحال أنّها قد أقرت على دينها شرعاً فليس لها اعتراضها هذا إن قلنا بجواز الوطء قبل الغسل من الحيض ، ولو قلنا بالتحريم كما هو أحد القولين أوجبنا عليها ذلك ، فللزواج إجبارها على ذلك لتوقف الاستمتاع الذي هو حقه عليه ، وإن كان الذي يجبر عليه إنّما هو صورة الغسل مع النية ، لأن الغسل وكذا غيره من العبادات لا يصحّ منها حال الكفر .

قالوا : وله إجبارها أيضاً على كلّ ما ينقض الاستمتاع بدون فعله ، وإزالة

كل ما ينفضه بقاءه كالوسخ الكثير والنتن الغالب ، وطول الأظفار و شعر الابط
والعانة ، وشرب الخمر المؤدي إلى الاسكار ، لأن السكر مانع من تمام الاستمتاع ،
وكذا أكل لحم الخنزير ومباشرة النجاسات المنفرة للنفس ، ولا فرق بين قليل
السكر وكثيره ، لاختلاف الناس في مقدار ما يسكر ، فربما أسكر القليل منه فينا في
المقصود ، لكن قيل : بأنه يشكل هذا الاطلاق بنحو تناول القطرات اليسيرة التي
يعلم قطعاً عدم إسكارها ، وكذلك إطلاق منعها من استعمال النجاسات إنما يتم
على تقدير إيجابه نفرة ، أو على القول بطهارة بدنها كما يعتبره العامة هنا ، أما
على قول أصحابنا من نجاستها بدنه ، فلا يظهر وجه المنع من مباشرتها لها مطلقاً
بل من حيث إنها تنافي الاستمتاع و توجب نفرة الطبع ، و مثل هذا لا يختص
بالكفرة بل تشار كها فيه المسلمة ، حتى أن له منعها من تناول كل ذي رائحة
خبيثة توجب ذلك كالثوم والبصل ، وكذا له منعها من الخروج إلى البيع والكنائس
وغيرها لمنافاته الاستمتاع الواجب عليها في كل وقت ، كما له منع المسلمة من
الخروج إلى المساجد ونحوها من بيوت الأقارب والجيران ، فإن هذا الحكم
يشارك بين الزوجات مطلقاً ، ولا فرق بين الشابة والمسننة وإن كان المنع في حق
الشابة أقوى خوفاً من الفتنة ، والله العالم .

البحث الثاني : في كيفية الاختيار :

قالوا : و هو إما بالقول أو بالفعل ، و الأول إما بالتصريح أو الكناية .
أما (الأول) فهو كل ما دل من الألفاظ على الامساك للنكاح ، مثل اخترت
فكاحك ، أو اخترت تقرير فكاحك ، أو اخترت بقاءك على النكاح ، ونحو ذلك ، وفي
إخترتك وأمسكتك مطلقاً إشكال من حيث عدم النكاح ، وعده في الشرايع من
الألفاظ الدالة على ذلك .

وأما (الثاني) وهو ما يدل بالكناية ، فهو ما يدل عليه اللفظ بالالتزام كما

لو كان عنده ثمان نسوة فاختر أربعاً للفسخ فإنه يلزم نكاح الأربع الباقيات، وإن لم يتلقظ في حقهن بشيء، فإن الشارع قد جعل له الخيار في أن يفسخ عقد من شاء، فإذا اختار فسخ نكاح أربع ثبت عقد البواقي بدون لفظ يدل على الاختيار، بل لا مجال للاختيار هنا بعد خروج أولئك بالفسخ.

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك عد لفظ «إخترتك» و«أمسكتك» في هذا القسم لما قلناه من عدم التصريح بإرادة الامساك للنكاح والاختيار له.

وأما (الثالث) وهو الاختيار بالفعل فمثل أن يبطاً، فإن ظاهر ذلك أنه لا يبطاً إلا من يختار نكاحها لدلالته على الرغبة فيها، عملاً بحمل أفعال المسلم على الصحة وصيانته عن الزنا، ولهذا عد ذلك رجوعاً في الطلاق، وفسخاً على تقدير الخيار للبائع، وعلى هذا لو وطأ أربعاً ثبت عقدهن، واندفع البواقي. ويظهر من جماعة من الأصحاب عدم الخلاف في ذلك عندنا.

أقول: الأظهر أن يقال: إنه إن اقترن ذلك بالقصد إلى الاختيار فماذا كرده في محله، وإلا فهو محل إشكال، لأن الاختيار الذي به يتحقق بقاء نكاح من يختارهن إنما هو عبارة عن القصد واللفظ، والفعل إنما جعل موجباً لذلك، لأنه دال عليه ومبني عنه، وحينئذٍ فإطلاق القول يكون مجرد الوطء اختياراً بالفعل كما ذكره لا يخلو من إشكال.

ثم إنهم قالوا: لو لمس أو قبل بشهوة فإنه يمكن أن يكون اختياراً، بتقريب ما ذكر في الوطء من حيث الدلالة على الرغبة، وصيانة حال المسلم، فإنه قائم في الموضوعين، وحينئذٍ فيدلان على الاختيار، كما أنهما يدلان على الرجعة لا بطريق القياس عليها بل المراد تشبيه الاختيار بالرجعة لتقاربها في المعنى، ويمكن أن لا يكون ذلك اختياراً من حيث إنهما أضعف دلالة من الوطء، والاحتمال فيهما يتطرق من حيث إنهما قد يوجدان في الأجنبية.

أقول: والأظهر أن يقال هنا ما قدمناه أيضاً من أنه إن اقترن ذلك بالقصد

إلى الاختيار ، فالظاهر أنه موجب للاختيار ، وإلا فهو محل إشكال .

تعممة

قد صرحوا بأن من جملة الألفاظ الدالة على الاختيار الطلاق ، لو أحده أو أزيد ، لأن الطلاق موضوع لازالة قيد النكاح ، فلا تواجه به إلا الزوجة ، فإذا خاطب واحدة منهن به كان ذلك دليلاً على اختيارها زوجة أو لا ، ثم يقع بها الطلاق إن حصلت شرائطه ، وينقطع نكاح الأربع المطلقات بالطلاق ، ويندفع نكاح الباقيات بالشرع ، والأصل في ذلك أن الاختيار ليس باللفظ ، بل بالقصد ، واللفظ وضع دالاً عليه ، والطلاق يدل على إرادة النكاح كما قرناه .

أما لفظ الظهار والإيلاء فليس كذلك على المشهور ، إذ لدلالة فيهما على الاختيار ، وهو وجه الفرق بينهما وبين الطلاق .

وتوضيحه: إن الظهار وصف بتحريم المرأة المواجهة به ، والإيلاء حلف على الامتناع من وطئها وكل منهما بالأجنبية أليق منه بالزوجة ، غاية الأمر أن الظهار إذا خوطبت به الزوجة ترتب عليه أحكام مخصوصة ، وإذا خوطبت به الأجنبية لم ترتب عليه الأحكام ، وكان قولاً صحيحاً بالنسبة إليها ، وفي الإيلاء لو حلف على الامتناع من وطئ الأجنبية فتزوجها ووطأها كان عليه الكفارة ، وكذلك بالزوجة مع زيادة أحكام آخر .

والحاصل : إن نفس المخاطبة بهما لا تستلزم الزوجية ، فلا يكون أحدهما اختياراً ، بخلاف الطلاق فإنه رافع للنكاح ، والنكاح جزء مفهومه ، أو لازمه لزوماً بيناً ، فإثباته يستلزم إثباته .

ونقل عن الشيخ إن كل واحد من الظهار والإيلاء يكون تعييناً للنكاح كالطلاق ، لأنهما تصرفان مخصوصان بالنكاح ، فأشبهها لفظ الطلاق ، كذا أفاده شيخنا - قدس سره - في المسالك ، وعندى في أصل الحكم المذكور توقف لعدم

النص بما ذكره ، فإنّبات الأحكام الشرعيّة بأمثال هذه التقريبات العقليّة عندي محلّ إشكال .

ولم أقف في هذا الباب إلّا على خبر عقبة بن خالد المتقدم^(١) ، وغاية ما يدلّ عليه أنه يمسك أربعاً ويطلق ثلاثاً ، والمتبادر من الامساك هو القصد إلى اختيار بقاء أربع معيّنات من تلك السبع والمفارقة للباقيات .

على أنك قد عرفت دلالة ظاهر الخبر المذکور على توقّف فسخ نكاح من لا يريد من علي الطلاق ، وإن كانوا لا يقولون به ، إلّا أن الخبر كما عرفت لامعارض له إلّا مجرد شهرة الحكم بينهم بما قالوه .

وبالجملة فالخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل ، والخروج عن ظاهر الأخبار بذلك أشكل ، والله العالم .

البحث الثالث في اللواحق :

وهي مسائل مترتبة على اختلاف الدين : الاولى : إذا تزوج الكافر امرأة وبنتها ثمّ أسلم ، فلا يخلو إمّا أن يكون قد دخل بهما معاً ، أو لم يدخل بواحدة منهما ، أو دخل بالأم دون البنت ، أو بالعكس ، فهنا صور أربع .

الاولى : أن يكون قد دخل بهما ، فيحرمان عليه معاً ، أمّا الأمّ فللمعقد على البنت فضلاً عن الدخول بها ، وأمّا البنت فللدخول بالأمّ ، وعلى هذا فيسقط الاختيار لتحريم كلّ منهما عليه كما عرفت .

الثانية : أن يدخل بالأمّ خاصّة ، وهو موجب لتحريمهما معاً أيضاً ، أمّا البنت فللدخول بالأمّ ، وأمّا الأمّ فللمعقد على البنت كما عرفت في سابق هذه الصورة .

الثالثة : أن يدخل بالبنت خاصّة ، وحينئذٍ يحرم الأمّ خاصّة للمعقد على البنت فضلاً عن الدخول المفروض هنا ، وأمّا البنت فنكاحها صحيح لا موجب لتحريمها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤

لأن مجرد العقد على الام لا يحرّمها ، وإثماً يجرّمها الدخول مع ذلك .

الرابعة : أن لا يدخل بواحدة منهما ، وفيها قولان :

(أحدهما) وهو المشهور بين المتأخّرين أن هذه الصورة كسابقتها في أنها تحرم عليه الام خاصة ، ويبطل عقدها للعقد على البنت ، فإنه موجب لتحريم الام وإن لم يقترن به دخول ، وأمّا البنت فيلزم نكاحها لعدم الموجب لبطلانها ، لأن نكاح الكفر صحيح ، ومن ثم يتخيّر أرباعاً لو أسلم على أزيد منهن ، ويصح نكاحهن بغير تجديد عقد آخر .

و (ثانيهما) وهو المنقول عن الشيخ - رحمه الله - القول بأن له اختيار أيتهما شاء بناءً على أن عقد المشرّك لا يحكم بصحته إلا بانضمام الاختيار في حال الاسلام ، وإلا فهو في حد ذاته باطل بدون ذلك ، فإنه لو تزوج بمشرّك واختار منهن أرباعاً لم يكن للبواقي مهر ولا نفقة ولا متعة ، بل هن بمنزلة من لم يقع عليهن عقد ، ولأنه لو أسلم على اختين قد تزوجهما دفعة تخير أيتهما شاء ، ولو كان العقد الذي صدر حال الكفر صحيحاً لزم بطلانه كالمسلم ، وليس له الاختيار ، وعلى هذا فإن اختار نكاح البنت استقر نكاحها وحرمت الام مؤبداً ، وإن اختار نكاح الام لم تحرم البنت بدون الدخول .

واجب بأن ما ذكر من سقوط المهر والنفقة لا يدل على بطلان العقد ، بل الوجه فيه أنه فسخ جاء لامن قبل الزوج ، ولأن العقد لو لم يكن صحيحاً لم يكن لانضمام الاختيار أثر في صحته ، كما في كل عقد باطل .

هذا ما ذكره - نورا الله تعالى مراقدهم - في هذا المقام ، ولم أقف على نص في ذلك عنهم عليهم السلام وأنت خير بأن الظاهر أن الكلام في هذه المسألة مبني على ما هو المشهور بينهم ، وكذا بين العامة ، بل الظاهر إتفاق الجميع عليه حيث لم ينقلوا الخلاف فيه إلا عن أبي حنيفة من أن الكافر مكلف بالفروع ، والخطابات الشرعية متوجهة إليه كما تتوجه إلى المسلم ، وإن كان قبول ذلك وصحته منه

موقوفاً على الاسلام ، وحينئذٍ فما دلّ من الأخبار على تحريم الامّ بالعقد على البنت أو الدخول بها ، وكذا ما دلّ على تحريم البنت بالدخول بالامّ دون مجرد العقد عليها ، ونحو ذلك شامل للكافر كالمسلم فيؤخذ به بعد الاسلام ويحكم عليه بذلك .

وأما على ما يظهر من جملة من الأخبار من أن الخطابات الشرعية والتكاليف الفرعية لا تتناول الكافر في حال كفره ، بل هي مختصة بالمسلم ، وإنما يخاطب بها ويكلف بأحكامها بعد الاقرار بالاسلام ، فمن الجائز أن يقال : إن جميع ما فعله في حال كفره من العقد والتزويج بكلّ من كان وكيف كان وعلى أيّ نحو كان لا يترتب عليه أثر ولا حكم بالنظر إلى شريعتنا ، وإنما يترتب على أحكام شريعتهم وملتهم .

نعم متى دخل في الاسلام تعلقت به التكاليف الاسلامية ، وتوجهت إليه الخطابات الشرعية ، وحينئذٍ فإذا أسلم على امرأة وبنتها قد تزوجهما في حال الكفر لم ينظر فيما فعله في حال الكفر من دخول أو عدمه أو نحو ذلك مما فرعه وذكره ، بل الواجب التفريق بينه وبينهما ، حيث إن ذلك غير جائز في شريعة الاسلام .

بقي الكلام في جواز اختيار إحداهما وعدمه ، والمسألة غير منصوطة كما عرفت ، إلا أنه بالنظر إلى ما ورد في إسلام الكافر على أزيد من أربع أنه يختار أربعاً ويفارق الباقي^(١) يمكن القول هنا بذلك ، لأن الجميع من باب واحد فيختار إحداهما حينئذٍ ، ويثبت نكاحها بالاختيار ، وينفسخ نكاح الثانية .

و من الأخبار المشار إليها ما رواه ثقة الاسلام في الكافي^(٢) في الصحيح عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٥ ح ٧٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٤ ح ١ .

(٢) الكافي ج ١ ص ١٨٠ ح ٣ .

زرارة قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام أخبرني عن معرفة الامام منكم واجبة على جميع الخلق ؟ فقال : « إن الله عز وجل بعث محمداً عليه السلام إلى الناس أجمعين رسولاً وحيمة الله على جميع خلقه في أرضه ، فمن آمن بالله وبمحمد رسول الله عليه السلام واتبعه وصدقته ، فإن معرفة الامام مناً واجبة عليه ، ومن لم يؤمن بالله وبرسوله ولم يتبعه ولم يصدقته ويعرف حقيقتها ، فكيف يجب عليه معرفة الامام وهو لا يؤمن بالله ورسوله ويعرف حقيقتها الحديث .

والحديث صحيح صريح في المدعى ، والتقريب فيه أنه إذا لم يجب عليه معرفة الامام الحامل للشرعية والمستودع أحكامها فبطريق الأدلى لا يجب عليه القيام بتلك الأحكام ولا تفرقها ولا الفحص عنها التي هي لا تؤخذ إلا منه ، وهذا بحمد الله سبحانه واضح لا خفاء عليه .

ومارواه الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي في تفسيره ^(١) عن الصادق عليه السلام في تفسير قوله تعالى « ويل للمشركين ، الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون » ^(٢) قال عليه السلام : أترى أن الله تعالى طلب من المشركين زكاة أموالهم وهم مشركون به ، حيث قال : « ويل للمشركين الذين لا يؤتون الزكاة وهم بالآخرة هم كافرون » ، إنما دعا العباد إلى الإيمان ، فإذا آمنوا بالله ورسوله افترض عليهم الفرض .

ومارواه في كتاب الاحتجاج ^(٣) في حديث الزنديق الذي جاء إلى أمير المؤمنين عليه السلام مستدلاً بأي من القرآن على تناقضه واختلافه ، حيث قال عليه السلام : « فكان أول ما قيدهم به الاقرار بالوحدانية والربوبية والشهادة أن لا إله إلا الله ، فلما أقروا بذلك تلاه بالاقرار لنبيه عليه السلام بالنبوة ، والشهادة بالرسالة ، فلما انقادوا لذلك

(١) تفسير علي بن إبراهيم ج ٢ ص ٢٦٢ .

(٢) سورة فصلت - آية ٧٥ .

(٣) الاحتجاج ص ١٢٨ طبعة سنة ١٣٠٢ .

فرض عليهم الصلاة ثم الصوم ثم الحج، الحديث .

ولم أر من تنبّه لما ذكرناه في هذا المقام ولا حام حوله من العلماء الأعلام إلا المحدثين الأئمة الاسترأبادي في كتابه الفوائد المديّة، والمحسن الكاشاني في كتابه الوافي وتفسيره الصافي، فقال في الأول بعد نقل الخبر الأول: وفي هذا الحديث دلالة على أن الكفار ليسوا مكلفين بشرايع الإسلام كما هو الحق، خلافاً لما اشتهر بين متأخري أصحابنا .

وقال في الثاني بعد نقل الخبر الثاني: هذا الحديث يدل على ما هو التحقيق عندي من أن الكفار غير مكلفين بالأحكام الشرعيّة ماداموا باقين على الكفر، انتهى . ونحن قد بسطنا الكلام في هذا المقام بما لا يحوم حوله نقض ولا إبرام في كتابنا الدرة النجفيّة من الملتقطات اليوسفيّة، وتقدم نبذة منه في الجلد الأول من كتاب الطهارة في باب غسل الجنابة^(١) وأوردنا جملة من الأدلة العقلية والنقلية زيادة على ما ذكرناه، وأبطلنا ما استدلّ به للقول المشهور بما هو واضح الظهور فليرجع إليه من أحبّ الوقوف عليه .

وبالجملة فإنّه لو قام لهم دليل في هذا المقام على ما ذكرناه من هذه الأحكام من الأخبار الواردة عنهم عليهم السلام لوجب علينا الانقياد، وجذب أعنة الأقلام من هذا الكلام، وحيث لا دليل فالمانع مستظهر، كما هو ظاهر لذوي الأفهام وإن كان هذا يكبر في صدور الآل في تقليد المشهورات، ولا سيما إذا زخرت بالاجماع، والله الهادي لمن يشاء .

تذنيبات

الاول: قالوا بناءً على ما تقدم: لو أسلم عن أمة وبنتها وهما مملوكتان له، فإن كان قد وطأها حرمتاً معاً، وإن كان وطأ إحداها حرمت الأخرى،

(١) ج ٣ ص ٣٩ .

وإن لم يكن وطىء واحدة منهما تخير، وعلّل الحكم الأول بأنّ "وطء كل من الأم والبنت يحرم الأخرى سواء وقع بعقد أو ملك أو شبهة .
وعلّل الثاني بأنّها أم امرأة مدخول بها أو بنتها، وكلتاها محرم، وأمّا المدخول بها أيّتهما كانت، فإنّه يستقرّ حلّ وطئها إذ لا موجب لتحريمها .
وعلّل الثالث بما تقدّم في المسلم إذا تزوج الاختين دفعة أو ملكهما فإنّه يتخير لنكاح أيّتهما شاء، وقد تقدم الكلام في ذلك .

الثاني : قالوا : لو أسلم عن اختين تخير أيّتهما شاء وإن كان قد وطأهما، بخبر فيروز الديلمي^(١) حيث أسلم عن اختين فخيرّه النبي ﷺ في إمساك أيّ الاختين شاء ، ووطؤهما لا دخل له في التحريم هنا، إذ ليستا مثل الأم والبنت ويصير حكم غير المختارة حكم الزائد على العدد الشرعي .

الثالث : لو أسلم عن عمّة وبنت أخيها ، أو خالة وبنت اختها فإن رضيت العمّة أو الخالة بالجمع بينها وبين بنت أخيها أو بنت اختها فلا بحث ، وإن اختارتا عدم الجمع تخير بين العمّة وبنت أخيها والخالة وبنت اختها فكل من اختارها صحّ نكاحها وبطل نكاح الأخرى كما في الاختين، ولو أسلم عن حرة وأمة، فإن رضيت الحرة بالجمع فلا إشكال ، وإلاّ انفسخ عقد الأمة وبقيت الحرة وحدها، ثمّ أنّه على تقدير رضى الحرة بالجمع فعند الأصحاب أنّه لا يبنى على القول بجواز نكاح الأمة بدون الشرطين بل هو جار على القولين ، لأنّ محلّ الخلاف كما تقدمت الإشارة إليه إنّما هو في ابتداء نكاح الأمة لا في استدامته ، ويجوز في الاستدامة ما لا يجوز في الابتداء ، كما أنّه ليس له العقد على الكتائية على القول به ، وله استدامته على هذا القول، ولا فرق في رضى العمّة أو الخالة أو الحرة بالجمع بين كونه في حال الكفر أو حال الاسلام ، فلورضين في حال الكفر فليس لهنّ الرجوع عنه بعد الاسلام تمسكاً بالاستصحاب ولأنّ نكاح الكفر صحيح ، فإذا

(١) سنن البيهقي ج ٧ ص ١٨٤ .

وقع مستجماً للامور المعتبرة في شرع الاسلام كان لازماً .

هذا ما صرحوا به - نور الله تعالى مراقدهم - في المقام ، وهو كما عرفت فيما تقدم خال عن الروايات الدالة على شيء من هذه الأحكام ، ولا ريب أن هذه الفروع كلها - ما ذكر وما يأتي ، وكذا ما تقدم في الكتب السابقة كما تقدمت الإشارة إليه - إنما أخذها الأصحاب من كتب المخالفين لعدم وجود أمثال هذه التفريعات في كتب أصحابنا المتقدمين حيث إنها مقصورة على مجرد نقل الأخبار . نعم ربما أمكن ارتباط بعضها بالأدلة العامة ، وربما وجد نص في بعضها ، وما ذكرناه من البحث سابقاً يمكن تطرقه إلى بعض هذه المواضع أيضاً .

وبالجملة فالوقوف على جادة الاحتياط فيما لا دليل واضح عليه طريق السلامة ، و حيث كان بقية مسائل هذا البحث من هذا القبيل ضربنا صفحاً عن ذكرها ، وطوينا كشحاً عن نشرها ، لعدم الأدلة الواضحة فيما ذكره فيها من الأحكام سيما مع كونها ممّا لا وقوع لها بين الأنام في جملة من الأيام والأعوام ، ورأينا التشاغل بغيرها ممّا هو أهمّ ونفعه أعمّ أولى بالمسارعة إليه لدى الملك الملام ، والله العالم . مسائل من لواحق العقد قد حصلت الغفلة عن ذكرها ثمّة ، فذكرناها في آخر هذا الفصل .

الاولى : لاختلاف بين الأصحاب - رضوان الله عليهم - في اشتراط الكفاءة في صحة النكاح ، وهي لغة التساوي والمماثلة ، من قولهم القوم تكافؤوا أي تماثلوا ، وشرعاً التساوي في الايمان على المشهور ، وقيل : إنها عبارة عن التساوي في الاسلام وهو اختيار المحقق في كتابيه ، والشهيد الثاني في المسالك ، والمحدث الكاشاني في المفاتيح ، ونقل في المسالك عن الشيخ المفيد وابن حمزة قال : للاجماع على اعتباره وعدم الدليل الصالح لاعتبار غيره ، ثم قال : ووافقهم ابن الجنيدي في غيره من تحريم عليه الصدقة .

أقول : لا بدّ قبل الخوض في البحث من تقديم مقدمة في المقام ، ليتضح بها

محلّ الخلاف ، و يبتني عليها الكلام ، فنقول قد عرفت فيما تقدم أنّه لا يجوز للمسلم التزويج بالكافرة مطلقاً ، وهو موضع نص ووافق ، ولا يجوز للمسلم التزويج بالكافرة أيضاً إلا ما استثنى من جواز نكاح الكنايسة استدامةً وابتداءً على الخلاف المتقدم ، والمراد من الاسلام هنا هو التصديق بالشهادتين وجميع ما جاء به النبي ﷺ عدا الامامة ، والايان عبادة عن الاعتقاد بالامامة مع الاسلام المذكور ، ثم أنّه على تقدير القول المشهور ، وهو اعتبار الايمان ، فمذهب الأكثر لإعتباره في جانب الزوج دون الزوجة ، بمعنى أنّه لا يجوز للمؤمنة التزويج بالمخالف دون العكس ، وهو تزويج المؤمن بالمخالفة ، وحكى الشهيد الثاني في الروضة عن بعضهم أنّه ادعى الاجماع على ذلك ، و على هذا فالكفاءة إنّما تشترط في جانب الزوج دون الزوجة .

وقد نقل في المختلف عن سلار ما يشعر باشتراط الكفاءة من جانب الزوجة فإنّه قال : وقال سلار : ومن الشرائط أن تكون المرأة مؤمنة أو مستضعفة ، وإن كانت ذميّة أو مجوسيّة أو معاندة لم يحلّ نكاحها قط غبطة ، لأنّ الكفاءة في الدين مراعاة عندنا في صحّة هذا العقد ، إنتهى . وهو المؤيد بالأخبار الآتية في المقام فإنّها صريحة في المنع إلا من المستضعفين والشكّاك .

وبالجملة فالذي يظهر لي من الروايات اعتبار الكفاءة من الطرفين ، نعم دلّت على استثناء المستضعفة فيجوز تزويجها من حيث إسلامها على كلام يأتي في ذلك إن شاء الله .

والظاهر أنّ الحامل لأكثر المتأخّرين - على القول بجواز تزويج المخالفة وأنّ الكفاءة غير مشترطة في جانب المرأة - هو الأخبار الدالة على جواز التزويج بالذميّة فجعلوا المخالفة من قبيل ذلك ، وفيه ما قدمنا تحقيقه من أنّ الروايات وإن اختلفت في ذلك إلا أنّ الأقرب حمل روايات الجواز على التقيّة .

وكيف كان فمظهر الخلاف بين القولين المتقدمين عند أصحابنا هو المخالفون

أهل السنة والمستضعفون من الفريقين .

وأنت خير بأن هذا إنما يتمشى على مذهب المتأخرين القائلين بإسلام المخالفين ووجوب إجراء أحكام الإسلام عليهم ، وأما على مذهب المتقدمين القائلين بكفر المخالفين ونصبهم وعدم جواز إجراء شيء من أحكام الإسلام عليهم إلا أن يكون للتقية كما هو الظاهر من الأخبار الواضحة المنار الساطعة الأنوار كما حققناه في كتاب «الشهاب الثاقب في بيان معنى الناصب» وما يترتب عليه من المطالب ، فلا يتم هذا الكلام ، بل يجب الحكم بعدم صحة منا كحتهم كسابر أفراد الكفار ، كما ستأتيك به الأخبار إن شاء الله في المقام ، مكشوفة القناع لذوي لأفهام ، وعلى هذا فإنما مظهر الخلاف المستضعف خاصة .

إذا نقرر ذلك فاعلم أن ما يدل من الأخبار على اشتراط الايمان ، وجواز نكاح في المستضعف والشكاك خاصة مارواه المشايخ الثلاثة^(١) - عطر الله مراقدهم - عن الحسين بن بشار قال: كتبت إلى أبي جعفر الثاني عليه السلام أسأله عن النكاح فكتب عليه السلام : من خطب إليكم فرضيتم دينه وأمانته «كائناً من كان» فزوجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، قوله «كائناً من كان» في رواية الفقيه خاصة . ومارواه في الكافي^(٢) في الصحيح عن علي بن مهزيار قال : كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته ، وأنه لا يجد أحداً مثله ، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام : فهمت ما ذكرت من أمر بناتك ، وأنت لا تجد أحداً مثلك ، فلا تنظر في ذلك رحمك الله ، فإن رسول الله صلى الله عليه وآله قال : إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٦ ح ٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٤٨ ح ١ مع زيادة

فيه ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٦ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠ ح ١ .

وبهذا المضمون أخبار عديدة ، والتقرب فيها إن غير المؤمن لا يرضى دينه ، والخلق في هذه الرواية وغيرها بمعنى الدين كما صرح به أهل اللغة ، لأنه وإن كان لغة بمعنى السجية والطبيعة أيضاً فهو مستعمل في المعنيين .

قال في القاموس ^(١) : والخلق بالضم وبضمّتين : السجية والطبيعة والمرود والدين ، وقال في كتاب مجمع البحرين ^(٢) : إن هذا إلّا خلق الأولين بسكون اللام يريد مذهبهم إلى أن قال : والخلق بالضم السجية لأنه لا قائل هنا باشتراط حسن الخلق والطبع في صحة النكاح ، ولا ورد بذلك نص ، فيتعين حمله على المعنى الثاني ، وحينئذ فيكون من قبيل عطف المرادف .

و بذلك يظهر لك أن ما طعن به في المسالك على هذه الروايات من أن ذكر الخلق هنا وإضافته إلى الدين مع أن الخلق غير معتبر في الكفاءة إجماعاً قرينة على أن اشتراط كل من الأمرين إنما قصد به الكمال ، والأمر بتزويج من هو كذلك لكماله ، فلا يلزم منه تحريم تزويج غيره ، فإن فيه إنه إنما يتم ما ذكره لو اقتصصر معنى الخلق في السجية والطبيعة ، وأما إذا كان بمعنى الدين كما صرحوا به أيضاً فالواجب حمل اللفظ عليه دون المعنى الآخر لتأييده بالروايات المتكثرة الدالة على اشتراط الإيمان ، وأيضاً فإن الفتنة والفساد الكبير إنما يترتب على ترك تزويج من اتصف بالمعنى الذي ذكرناه ، لا بالمعنى الذي ذهب إليه .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب ^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : تزوجوا في الشكّ ، ولا تزوجوهم لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها و يقهرها على دينه .

(١) ج ٣ ص ٢٢٩ فصل الحاء باب القاف .

(٢) ج ٥ ص ١٥٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٤ .

ورواه في الفقيه^(١) عن صفوان عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام مثله ، وطريقه إلى صفوان حسن بإبراهيم بن هاشم فيكون الحديث كالصحيح .

ومارواه الشيخ^(٢) عن زرارة في الصحيح قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام أتزوج مرجئة أو حروية ؟ قال : لا ، عليك بالبله من النساء ، قال زرارة : فقلت : والله ماهي إلا مؤمنة أو كافرة ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : وأين أهل تنوي الله عز وجل^(٣) قول الله عز وجل أصدق من قولك : إلا المستضعفين من الرجال والنساء والولدان لا يستطيعون حيلة ولا يهتدون سبيلاً^(٤) .

ومارواه في الكافي^(٥) عن زرارة في الصحيح أو الحسن قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : إنني أخشى أن لا يحل لي أن أتزوج من لم تكن على أمري ، فقال : ما يمنعك من البله من النساء ؟ قلت : وما البله ؟ قال : هن المستضعفات من اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما أنتم عليه .

وعن حمران بن أعين^(٦) قال : « كان بعض أهله يريد التزويج ولم يجد امرأة مسلمة موافقة فذكرت ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال : أين أنت من البله الذين لا يعرفون شيئاً . »

ومارواه في الفقيه^(٧) عن حمران بن أعين في الحسن أو الموثق « وكان بعض أهله يريد التزويج فلم يجد امرأة يرضاها ، فذكر ذلك لأبي عبد الله عليه السلام فقال : أين

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ١ .

(٣) أي الذين استثناهم الله تعالى بقوله « إلا المستضعفين ... إلى آخر الآية » .

(٤) سورة النساء - آية ١٠١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٣ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٧ .

(٧) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٧ مع الاختلاف .

أنت من البلهاء واللواتي لا يعرفن شيئاً؟ قلت : إننا نقول : إن الناس على وجهين كافر ومؤمن، فقال : فأين الذين خلطوا عملاً صالحاً وآخر سيئاً؟ وأين المرجون لأمر الله؟ وأين عفو الله؟.

ومارواه في الكافي^(١) عن زرارة في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت : ما تقول في مناكحة الناس فإنني قد بلغت ما ترى وما تزوجت قط ، قال : وما يمنعك من ذلك ؟ قلت : ما يمنعني إلا أنني أخشى أن لا يكون يحل لي مناكتهم ، فما تأمرني؟ قال : كيف تصنع وأنت شاب أتصير؟ ثم ساق الخبر إلى أن قال : قلت : أصلحك الله فما تأمرني أنطلق فأزوج بأمرك؟ فقال : إن كنت فاعلاً فعليك بالبلهاء من النساء ، قلت : وما البلهاء؟ قال : ذوات الخدور العفيف ، قلت : من هو على دين سالم بن أبي حفصة؟ فقال : لا ، فقلت : من هو على دين ربيعة الرأي؟ فقال : لا ، ولكن العوانق اللاتي لا ينصبن ولا يعرفن ما تعرفون .

ومارواه في التهذيب^(٢) في الصحيح عن زرارة قال : قال أبو جعفر عليه السلام عليك بالبله من النساء التي لا تنصب والمستضعفات^(٣).

أقول : قد دلت هذه الأخبار على أن زرارة ونحوه كانوا يعتقدون الناس يومئذ إما مؤمن أو كافر ، وأنه لا تحل مناكحة الكافرة ، والامام عليه السلام قد أقرم على الحكم بالكفر ، وأن نكاحها لا يجوز لذلك ، وإثماً رده عليه في حصره الناس في القسمين

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٠ ح ٩

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٤ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣١ ح ١٠ .

(٣) أقول : روى العياشي في تفسيره عن سعاة قال : سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن المستضعفين ؟ قال : هم أهل الولاية ، قلت : أي ولاية تعني قال : ليست ولاية الدين ولكنها في المناكحة والموارث والمخالطة ، وهم ليسوا بالمؤمنين ولا الكفار ومنهم المرجون لأمر الله . (منه - قدس سره -) والرواية في تفسير العياشي ج ١ ص ٢٥ ح ١٩٤ ، وليس فيه كلمة « الدين » لكن موجود في البحار نقلاً عنه ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٦ ح ٩ ب ٧ .

المذكورين مع وجود قسم ثالث ، ومنهم البله والمستضعفون الذين ليسوا بمؤمنين ولا كافرين ، فإنهم من المسلمين .

وقوله عليه السلام في هذه الأخبار « لا ينصبون » كناية عن المخالف الذي حكم أصحابنا بإسلامه ، وظاهر هذه الأخبار كما ترى هو كفره ، وقوله عليه السلام « ولا يعرفون » كناية عن المؤمنين الفائلين بإمامة الأئمة عليهم السلام ، وهذا هو الموافق للأخبار المستفيضة ^(١) الدالة على أن الناس في زمانهم عليهم السلام على أقسام ثلاثة : مؤمن وكافر وضال ، والمراد بالضال الشكك والمستضعفون ، وقد نقلناها بكما لها في كتابنا الشهاب الثاقب المتقدم ذكره ، وهي صريحة في كفر المخالفين كما عليه جل علمائنا المتقدمين حسبما أوضحناه في الكتاب المشار إليه .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب ^(٢) عن الفضيل بن يسار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يتزوج المؤمن الناصبة المعروفة بذلك .

وما رواه في الكافي ^(٣) عن ربعي عن الفضيل بن يسار في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : له الفضيل : أتزوج الناصبة؟ قال : لا ، ولا كرامة ، قلت : جعلت فداك والله إنني لأقول لك هذا ، ولو جاءني بيت ملآن دراهم ما فعلت .

وعن الفضيل بن يسار ^(٤) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : إن لا مرأتني اختاً عارفة على رأينا ، وليس على رأينا بالبصرة إلا قليل فازوجها معتن لا يرى رأينا؟ قال : لا ، ولا نعمة ولا كرامة إن الله عز وجل يقول : « فلاترجموهن إلى الكفار لهن حل لهن ، ولا هم يحلون لهن » .

(١) الكافي ج ٢ ص ٣٨١ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٣ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٤ .

وعن الفضيل بن يسار^(١) في الموثق «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الناصب فقال : لا والله ما يحل» ، قال فضيل : ثم سألته مرة أخرى فقلت : جعلت فداك ما تقول في نكاحهم ؟ قال : والمرأة عارفة ؟ قلت : عارفة ، قال : إن العارفة لا توضع إلا عند عارف .

ومارواه في التهذيب^(٢) عن فضيل بن يسار «قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن المرأة العارفة هل أزوجها الناصب ؟ قال : لا ، لأن الناصب كافر ، قال : فازوجها الرجل غير الناصب ولا العارف ؟ فقال : غيره أحب إلي منه» .

أقول : أفعل التفضيل هنا ليس على بابه ، بل هو بمعنى أصل الفعل كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى .

وما رواه في الكافي^(٣) عن الحلبي في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام أنه أتاه قوم من أهل خراسان من وراء النهر فقال لهم : تصافحون أهل بلادكم وتناكحونهم أما إنكم إذا صافحتموهم انقطعت عرودة من عرى الإسلام ، وإذا ناكحتموهم انتهك الحجاب بينكم وبين الله عز وجل .

وعن أبي بصير^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال : تزوج اليهودية والنصرانية أفضل - أوقال - خير من تزوج الناصب والناصبة .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٥) عن عبد الله بن سنان في الصحيح «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الناصب الذي قد عرف نصبه وعداوته ، هل تزوجه المؤمنة وهو قادر على رده ، وهو لا يعلم برده ؟ قال : لا يزوج المؤمنة الناصبة ولا يتزوج الناصب

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ، ص ٤٢٤ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣١ ح ١١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٣ .

المؤمنة ، ولا يتزوج المستضعف مؤمنه» .

إلى غير ذلك من الأخبار البالغة حد التواتر المعنوي ، والمفهوم من الأخبار أن الناصب حينما يطلق إنما يراد به المخالف الغير المستضعف كما أشرنا إليه في ذيل روايات زرارة ، لأن بعضاً ورد بأنه عبارة عن المقدم للجبث والطاغوت وبعضاً آخر ورد بأنه المبغض للشيعة من حيث التشيع ، و المعنيان متلازمان كما هو المؤيد بالوجدان ، وأصحابنا المتأخرون الحاكمون بإسلام المخالفين جعلوا الناصب هو المبغض لأهل البيت عليهم السلام أو المعلن يبغضهم فجعلوه أخص من المخالف ، والحق أن الاستفادة من الأخبار هو حصول البغض لهم عليهم السلام من جميع المخالفين ، فإن مجرد التقديم عليهم في الامامة بغض لهم كما اعترف به شيخنا الشهيد الثاني الحاكم بإسلامهم هنا في كتاب روض الجنان^(١) مضافاً إلى استفاضة الأخبار بنبوت البعض لهم^(٢) كما قلناه في كتابنا المتقدم ذكره ، وبذلك يظهر لك

(١) قال في باب السور من الكتاب المذكور ص ١٥٧ ونعم ما قال حيث ذكر المصنف سؤ الكافر والناصب ما هذا لفظه : والمراد به من نصب العداوة لأهل البيت - عليهم السلام - وألأحدهم الى إن قال : وروى الصدوق بن بابويه عن عبد الله بن مسكان عن الصادق - عليه السلام - قال : ليس الناصب من نصب لنا هل البيت لانك لا تجد رجلاً يقول أنا أبغض محمداً وآل محمد ويتظاهر به ، ولكن الناصب من نصب لكم وهو يعلم أنكم تتولوننا وأنكم من شيعتنا . وفي بعض الاخبار كل من قدم الجبث والطاغوت فهو ناصب ، واختاره بعض الاصحاب اذ لا عداوة أعظم ممن قدم المنحط عن مراتب الكمال ، ويفضل المنحط في سلك الاغبياء والجهال على من تسنم أوج الجلال حتى شك في إنه الله المتعال . انتهى (منه - قدس سره) . والرواية في عقاب الاعمال ص ٢٤٧ ح ٣ .

(٢) ومن ذلك ما رواه في الكافي^(٣) عن أبي عبد الله - عليه السلام - قال : إياكم وذكر علي وفاطمة - عليهما السلام - . وعن إبراهيم بن أبي بشر^(٤) قال : قال الصادق - عليه السلام - الكافي ج ٨ ص ١٥٩ ح ١٥٦ .

(٤) الكافي ج ٨ ص ٨١ ح ٣٨ مع اختلاف في الراوي والرواية .

ضعف قوله في المسالك بعد الخلاف فسي أن الناصب هل هو المعلن بعداوة أهل البيت عليهم السلام أو لا يشترط الاعلان. وعلى التقديرين فهذا أمر عزيز في المسلمين الآن لا يكاد يتفق إلا نادراً ، فلا تغتر بمن يتوهم خلاف ذلك ، إنهى .

فإنه كلام باطل لا يلتفت إليه وعاطل لا يعرج عليه ، وإنما نشأ من عدم التعمق في الأخبار وملاحظتها بعين الاعتبار ، وذيل البحث في المقام واسع ، ومن أراد الاستقصاء في ذلك فليرجع إلى كتابنا المذكور ، وإلى كتاب الأنوار الخيرية والأقمار الدرية في أجوبة المسائل الأحمدية .

وبالجملة فالحكم بالكفر وتحريم المناكحة مما لا ريب فيه ولا شك يعتريه . وبذلك يظهر لك ما في كلامه في المسالك من المجازفة حيث نقل بعض الروايات الضعيفة السند ووردها بذلك ، ونقل بعض روايات وإذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه ، ورده بما قدمنا نقله عنه ، وقد عرفت جوابه ، ونقل من جملة ذلك

السلام :- أحببتونا وأبغضنا الناس ، وصدقتمونا وكذبنا الناس ، ووصلتمونا وجفانا الناس . . . الحديث . وفي الحديث عن اسماعيل الجعفي قال : قلت لابي عبد الله - عليه السلام :- رجل يحب أمير المؤمنين - عليه السلام - ولا يتبرأ من عدوه ، يقول : هو أحب إلي من خالفه ، فقال : هو مغلط هو عدو لا تبصل خلفه ولا كرامة الا أن يتقيه . والأخبار في ذلك أكثر من أن يسع المقام ذكرها ، وقد أتينا إليها في كتابنا المشار إليه في الاصل ، ومنها أخبار عديدة في تفسير قوله عز وجل ﴿ ما جعل الله لرجل من قلوبين في جوفه ﴾ (١) ففي بعضها (٢) عن الصادق - عليه السلام - ما جعل الله لرجل من قلوبين في جوفه يحب بهذا قوماً ويحب بهذا اعداءهم ، وفي أخرى (٣) عن أمير المؤمنين - عليه السلام - قال : لا يجتمع حبنا وحب عدونا في جوف انسان ، ان الله لم يجعل لرجل من قلوبين في جوفه فيحب بهذا ويغض بهذا الى غير ذلك من الاخبار . (منه - قدس سره -) .

(١) سورة الاحزاب - آية ٤ .

(٢) مجمع البيان ج ٨ ص ٣٣٦ .

(٣) تفسير القمي ج ٢ ص ١٧١ .

رواية أبي بصير المروية في الكافي^(١) الدالة على النهي عن تزويج الشكّاء معللاً بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه ، وردّها بضعف السند ثمّ طعن في متنها بأنّ النهي عن الشكّاء لا يستلزم النهي عن غيرهم ، وقد عرفت أنّها وإن كانت ضعيفة برواية صاحب الكافي إلّا أنّ الصدوق رواها في الفقيه كما قدمناه عن صفوان عن زرادة وطريقه إلى صفوان حسن بإبراهيم بن هاشم الذي هو في حكم الصحيح على المشهور ، وصحيح على القول الآخر .

وأما طعنه في متنها فستعرف ما فيه إن شاء الله ثمّ ، نقل صحيحة عبد الله بن سنان^(٢) ، وهي الأخيرة من الروايات التي قدمناها الدالة على أنّه لا يتزوج المستضعف مؤمنة ، ثمّ قال : وهي وإن كانت صحيحة إلّا أنّ المستضعف يطلق على معاني ، منها ما هو أسوأ حالاً من المخالف العارف ، فلا يلزم من النهي عن نكاح المستضعف النهي عن نكاح غير المؤمن مطلقاً ، وإن كان في أفراد ما هو أحسن حالاً من المخالف . انتهى ، ثمّ نقل موثقة الفضيل بن يسار^(٣) الدالة على أنّ العارفة لا توضع إلّا عند عارف ، ثمّ طعن في سندها ، ثمّ حمل النهي على الكراهة ، واستدلّ برواية الفضيل الأخرى^(٤) الدالة على أنّ غيره أحبّ إليّ منه .

والعجب أنّه بعد نقل هذه الروايات التي ذكرناها عنه قال : فهذه جملة الروايات للقول المشهور في هذا الباب ايذاناً بأنّه لا دليل للقول المشهور سواها ، وهو غلط محض و سهو صرف ناشي من عدم إعطاء التأمل حقه في تتبع الأخبار

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٨ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٨ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٩ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٠٢ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٩ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٠ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٤ ح ٥ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٧ ح ١٥ .

كما لا يخفى على من جالس خلال الديار ، والموجود في الأخبار معاً يدل على تحريم المنكحة ما يزيد على ما قدمناه أضعافاً مضاعفة ، ثم أنه استدلل على القول الذي اختاره بما قدمنا نقله عنه في صدر المسألة من الإجماع على اعتبار الاسلام ، وعدم الدليل الصالح لاعتبار غيره ، ثم قال في آخر البحث : وروى عبدالله بن سنان^(١) في الصحيح قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام : بم يكون الرجل مسلماً يحل مناه كحته وموارثته ، وبم يحرم دمه ؟ فقال : يحرم دمه بالاسلام إذا أظهر وتحل مناه كحته وموارثته ، وهو أصح ما في الباب سنداً وأظهر دلالة ، فقد ظهر بذلك قوة ما اختاره المصنف وإن كان الاحتياط في الفروج أولى ، إنتهى .

أقول : ووجه النظر يتطرق إلى مواضع من هذا الكلام : الأول : ما قدمنا نقله من قوله في الجواب عن رواية أبي بصير المروية في الفقيه عن صفوان عن زرارة - أن النهي عن الشكك لا يستلزم النهي عن غيرهم - فإن فيه منعاً ظاهراً ، كيف وتعليله عليه السلام ذلك بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه ، يناهز باستلزام النهي عن تزويج الشكك النهي عن تزويج المخالفين الذين هم أسوأ حالاً وأنقل أحوالاً وأسوأ عقيدة من الشكك كما لا يخفى على من له أدنى ذوق وروية ، وقد ساعدنا على هذه المقالة سبطه السيد السند - قدس سره - في شرح النافع ، فقال بعد نقله الصحيحة المذكورة : ووجه الدلالة أن المنع من تزويج الشكك يقتضي المنع من تزويج غيره من المعتقدين لمذهب أهل الخلاف بطريق أدلى ، ويؤيده التعليل المستفاد من قوله عليه السلام : لأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه ، إنتهى . الثاني : ما أجاب به عن صحيحة عبدالله بن سنان من قوله : إن المستضعف يطلق - إلى آخر ما قدمنا نقله عنه - فإن فيه أن ما ذكره من هذا المعنى لم ينقله ناقل من علمائنا ، ولا ورد به خبر من أخبارنا ، والظاهر أنه ألجأته إليه ضرورة التعصب لهذا القول الضعيف والمذهب السخيف ، فإن جملة من الأصحاب

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٠٣ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٧ ح ١٧ .

فسرّوا المستضعف بتفسيرات متقاربة ومعانٍ متناسبة ، لامدخل لهذا القول الذي نمحله فيها ، وقد فسره ابن إدريس - طاب ثراه - بمن لا يعرف اختلاف الناس في المذاهب ولا يفيض أهل الحق على اعتقادهم .

وعرف في الذكري بأنه الذي لا يعرف الحق ولا يعاند عليه ، ولا يوالي أحداً بعينه .

وعرفه الشيخ المفيد في المسائل الغريبة بأنه لا يعرف بالولاء ، ويتوقف عن البراءة ، وهذه التعاريف كلها متقاربة في المعنى ، وتعاريف الأصحاب كلها من هذا القبيل ، كما صرحوا به في بحث الصلاة على الأموات ، وأما الأخبار في تفسيره فمن هذا القبيل أيضاً ، وقد عقد له في الكافي باباً وسمّاه باب المستضعف^(١) وأخباره كلها كما ذكرناه ، ففي جملة منها أنه عبارة «عمن لا يستطيع أن يؤمن ، ولا يستطيع أن يكفر» وفي بعضها هم النساء والأولاد ، وفي بعضها من لم يعرف اختلاف الناس ، وفي بعضها من لم ترفع له حجة ، ومرجعها كلها إلى ضعف العقل ، على أن ما ذكره من المعنى فاسد في حدّ ذاته ، حيث إنه لا يفهم من الأسوأ حالاً من المخالف العارف ، وهو المعنى الذي فسّره المستضعف هنا إلاّ الأشدّ عناداً في مذهبه الباطل وتصبّياً في دينه العاطل ، وليس ذلك إلاّ بعدادة أهل البيت أو عداوة شيعتهم لأجلهم ، لأننا لا نعلم من المخالف متى أطلق إلاّ المخالف في الإمامة ، والمقدم فيها سيّما مع وصفه بالعارف ، وحينئذٍ فالأسوأ حالاً منه إنّما هو الناصب المجاهر بالعداوة ، وقد عرفت أن الرواية تضمنت حكم الناصب أولاً فلامعنى لذكره ثانياً . وبالجملّة فإن كلامه هنا مختبط لا يظهر له وجه استقامة بالكليّة .

الثالث : فيما استند إليه من رواية الفضيل بحمل قوله **إِلَّا** - بعد قول السائل فازوجها لغير الناصب ولا العارف - : «وغيره أحبّ إليّ منه» على إرادة التفضيل من هذه الصيغة ، فإنّه يقتضي كون تزويج غير الناصب والعارف وهو المستضعف

(١) الكافي ج ٢ ص ٤٠٤ ح ١ .

والشكّاء محبوباً في الجملة ، فإن فيه أنه يجب حمل فعل التفضيل هنا على غير بابه جمعاً بين هذا الخبر وغيره ممّا دلّ على اشتراط الايمان في الرجل فإن ذلك شائع ذائع ، ومن ذلك قوله عز وجل «ما عند الله خير من اللّٰهُ»^(١) الآية ، وقوله عليه السلام في صحيحة عبد الله بن سنان^(٢) وقد سأله أبوه عن نكاح اليهوديّة والنصرانيّة، فقال عليه السلام «نكاحهما أحبّ إليّ من نكاح الناصبيّة» فإنّه بمقتضى ما قاله يدلّ على جواز نكاح الناصبيّة مع أنّه حرام نصّاً وإجماعاً . ونحوها رواية أبي بصير المتقدمة الدالة على أن تزويج اليهوديّة والنصرانيّة أفضل ، أو قال : خير من تزويج الناصب والناصبيّة .

و بذلك يظهر لك أنّ الاستدلال بهذه الرواية على إسلام المخالفين أشدّ بعداً ، لأنّ موردها المستضعف ، فإنّه هو المراد من غير الناصب ولا العارف ، والناصب هنا بقرينة المقابلة بالعارف إنّما يريد به المخالف كما تقدم في أخبار زرارة من قوله عليه السلام «اللوأني لا يعرف ولا ينصب» فإن ذلك مبنيّ على نصب المخالفين وكفرهم ، فلا يعبر عنهم إلّا بهذا اللفظ .

وأما ما اشتهر بين المتأخّرين من تخصيص الناصب بفرد آخر غير المخالف فهو باطل لا دليل عليه كما تقدمت الإشارة إليه .

الرابع : ما استدلّ به على ما اختاره من القول بالاسلام من الاجماع على اعتبار الاسلام ، وعدم الدليل الصالح لاعتبار غيره فإنّه باطل مردود بالأخبار الدالة على كفر القوم ونصبهم وشرّكهم ، وحلّ أموالهم ودمائهم ، كما أوضحناه في كتابنا المتقدم ذكره بما لا يحوم حوله شبهة للناظرين ، والدليل الصالح لاعتبار الايمان قد عرفته ساطع البيان مشيّد الأركان .

وأما صحيحة عبد الله بن سنان التي نوّه بأنّها أصحّ ما في الباب سنداً وأظهر

(١) سورة الجمعة - آية ١٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥١ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٢٦ ح ١٠ .

دلالة ، فأما ما ذكره من أنها أصح ما في الباب سنداً فهو جيد بالنسبة إلى ما أورده من الروايات التي ادعى أنها هي الروايات القبول المشهور ، وأنه ليس غيرها في الباب ، وإلا فإن فيما قدمناه من الأخبار ما هو مثلها ، وكذا ما لم ننقله من أخبار المسألة .

وأما ما ذكره من أنها أظهر دلالة على مدعاه ، فهو على الضد والعكس مما قاله وادعاه ، بل هي أخفى من السهي الذي لا يكاد أحد يراه .
وبيان ذلك أن السائل سأل عما به يحصل الاسلام لتجري عليه تلك الأحكام ، لأنه قال : بم يكون الرجل مسلماً تحل مناهجته ، والامام عليه السلام لم يجبه عن سؤاله ، وإنما ذكر له أن هذه الأحكام مترتبة على الاسلام ، وهذا ليس من محل السؤال في شيء .

و بالجملة فإن السؤال عن معنى الاسلام وبيان حقيقته ، ونحن لا نخالف في أنه متى ثبت الاسلام لأحد فإنه يجب أن تجري عليه تلك الأحكام ، والمدعى في المقام ثبوت الاسلام لأولئك المخالفين ، وليس في الخبر دلالة عليه بوجه ، لأنه عليه السلام لم يذكر أن الاسلام يحصل بكذا وكذا ، وأن هذا الذي يحصل به الاسلام موجود في المخالفين ليحكمهم بسلامهم لذلك ، ولعل في عدول الامام عليه السلام صريح الجواب إلى التعمية والابهام ما ينبئ عن تقية في المقام ، فإن السائل سأل عن الاسلام بم يحصل ويتحقق حتى يحكم بسلام المتمتع به وإجراء أحكام الاسلام عليه ، ولم يجب عن أصل السؤال ، وهذا بحمد الله سبحانه واضح ، ولما ذكره من الاستدلال بالرواية على مدعاه فاضح ، والله العالم .

تنبيهات

الاول : حيث إن السيد السند صاحب المدارك في شرح النافع إختار عدم الحكم بمناكحة المخالفين مع قوله بسلامهم أجاب عن صحبة عبدالله بن سنان المذكورة ، قال : الظاهر أن المراد من حل المناكحة والمواودة الحكم بصحة

نكاحهم وموارثتهم ، لأجواز تزويجهم ، انتهى .

وأنت خير بما فيه من البعد ، ولكنّه لامندوحة له عن ارتكابه حيث إنّه ممنّ يحكم بإسلام أولئك المخالفين .

والتحقيق أن الرواية المذكورة بمعزل عن الدلالة على ما ذكره ، فلا يحتاج إلى تأويل لما أوضحناه من الاشتباه فيها المؤدي إلى طرحها والاعراض عنها في هذا المقام ، كما هو ظاهر لمن سرح بريد النظر فيما قدمناه من الكلام .

الثاني : قد عرفت دلالة صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة على أنه لا يتزوج المستضعف المؤمنة ، ونحوها صحيحة زرارة المروية في الفقيه الدالة على جواز التزويج في الشكّ ، وعدم جواز نكاحهم المؤمنة ، المعلّل بأن المرأة تأخذ من أدب زوجها ويقهرها على دينه ، وهو مشكل غاية الاشكال ، حيث إنّه لا خلاف ولا إشكال في كون الشكّ والمستضعفين من أفراد المسلمين ، وقد استفاضت الأخبار بأنّه متى حكم بإسلام أحد وجب أن تجري عليه أحكامه من حلّ المناكحة والموارثة ، وحقّ المال والدم ونحوها ، فكيف يتمّ المنع من مناكحته ، وتؤيّد الصحيحتين المذكورتين أيضاً قوله عليه السلام في بعض روايات الفضيل المتقدمة والعارفة لا توضع إلا عند عارف ، وقوله في أخرى وغيره أحبّ إليّ منه ، أي غير المستضعف كما تقدم بيانه ، ويؤكّده أيضاً الأخبار الكثيرة الدالة على أنه إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه ، وإلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير ، فإن مفهومها أن من لا يرضى دينه لا يزوجه ، والشكّ والمستضعفين ممن لا يرضى دينه البتّة فلا يزوجه ، وحمل النهي على الكراهة وإن أمكن لكنّه بعيد عن سياق نظامها ومقتضى مقامها ، والاحتياط لا يخفى .

الثالث : قد عرفت أن المشهور بين المتأخرين هو المنع من مناكحة المخالفين مع قولهم بإسلامهم ، لا شرطهم الايمان في صحة المناكحة ، ولم يذهب منهم

إلى الاكتفاء بالاسلام إلا المحقق والشهيد الثاني والمحدث الكاشاني كما قدمنا ذكره .

وفيه (أولاً) إن هذا القول بالنظر إلى الأخبار لا يخلو من تدافع وتناقض، فإن مقتضى الحكم بالاسلام جواز المناكحة وغيرها من الأحكام المترتبة على الاسلام كما عرفت آنفاً، ففي رواية جمران بن أعين^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام ما ظهر من قول أو فعل وهو الذي عليه جماعة الناس من الفرق كلها وبه حققت الدماء وعليه جرت المواريث وجاز النكاح، الحديث .

وفي رواية سماعة^(٢) عن أبي عبدالله عليه السلام قال: الاسلام شهادة أن لا إله إلا الله، والتصديق برسول الله ﷺ وبه حققت الدماء وعليه جرت المناكح والمواريث وعلى ظاهره عامة الناس .

وفي حسنة الفضيل بن يسار^(٣) « والاسلام ما عليه المناكح والمواريث وحقن الدماء » إلى غير ذلك من الروايات التي يقف عليها المتتبع .

(ثانياً) إنه من المعلوم في زمنه عليه السلام جواز مناكحة المنافقين المظهرين للإسلام مع العلم بنفاقهم، وأنه عليه السلام قد تكلم وأنكح بناءً على ظاهر الاسلام، وإن علم بالنفاق، وليس ذلك إلا باعتبار الاكتفاء بالاسلام في صحة المناكحة، وعدم اشتراط الايمان .

وبالجملة فالقول بالاسلام والمنع من المناكحة مما لا يجتمعان، فالقائل بإسلامهم يتحتم عليه القول بجواز مناكحتهم كما هو أحد القولين، والقائل بالمنع من مناكحتهم لا يتم له إلا مع القول بكفرهم وعدم إسلامهم بالكلية كما هو القول الفصل، والمذهب الجزل، المؤيد بتظافر الآيات والروايات، وهذه الأخبار المانعة من المناكحة إنما منعت من حيث الكفر، ولكن جل هؤلاء القائلين بالاسلام قد وقعوا لذلك في مضيق الازام، فاختلف نظامهم وانحل زمامهم،

(١) و(٢) و(٣) الكافي ج ٢ ص ٢٦ ح ٥ وص ٢٥ ح ١ وص ٢٦ ح ٣ .

وقد وقع لهم مثل هذا الخبط والخلط في مسألة غسل المخالفين كما تقدم في غسل الأموات من كتاب الطهارة ، وكذا الصلاة على الأموات ، حيث منعوا من الغسل والصلاة أو توقفوا مع حكمهم بالاسلام .

الرابع : روى الصدوق ^(١) - عطر الله مرقده - في الصحيح عن العلاء بن رزين « أنه سأل أبا جعفر عليه السلام عن جمهور الناس ، فقال : هم اليوم أهل هدنة ترد ضالتهم وتؤدي أمانتهم وتجوز منا كحتهم وموارثهم في هذه الحال » .

وهذه الرواية بحسب ظاهرها منافية لما قدمناه ، والأظهر عندي حملها على التقيّة ، وإلى ذلك أشار صاحب الوسائل أيضاً حيث قال : باب جواز مناكحة الناصب عند الضرورة والتقيّة ، ثم أورد الرواية المذكورة وأورد فيها برواية تزويج عمام كلثوم ^(٢) ، وظاهر السيد السند في شرح النافع حمل هذه الرواية على ما حمل عليه صحيحة عبدالله بن سنان المتقدمة من أن المراد بجواز منا كحتهم يعني بعضهم في بعض ، قال بعد ذكر ما قدمنا نقله عنه في التنبيه الأول : وأوضح منها دلالة على هذا المغنى مارواه ابن بابويه في الصحيح عن العلاء بن رزين . . . ثم ساق الرواية إلى آخرها ، وهو بعيد بل الأظهر إن ما هو الحمل على التقيّة ، ويؤيده مارواه الشيخ ^(٣) عن محمد بن علي الحلبي « قال : استودعني رجل من بني مروان ألف دينار ، فغاب فلم أدر ما أصنع بالدنانير ، فأتيت أبا عبد الله عليه السلام فذكرت ذلك له ، وقلت : أنت أحق بها ، فقال : لا إن أبي عليه السلام كان يقول : نحن فيهم بمنزلة هدنة تؤدي أمانتهم ونرد ضالتهم ونقيم الشهادة لهم وعليهم ، فإذا تفرق الأهواء لم يسمع أحد المقام » .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٣ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٣ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٦ ص ٣٥٠ ح ١١٠ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٤ ح ١٠ .

وعن الحسين الشيباني ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل من مواليك يستحل مال بني أمية ودماءهم ، وإنه وقع لهم عنده دبيعة ، فقال : أدوا الأمانات إلى أهلها وإن كان مجوسياً ، فإن ذلك لا يكون حتى يقوم قائمنا فيحل ويحرم .

المسألة الثانية : المشهور بين الأصحاب - رضي الله عنهم - أن التمكن من النفقة ليس شرطاً في الكفاءة بل يحصل الكفاءة ويصح العقد وإن كان عاجزاً عن ذلك ، وقيل باشتراط ذلك ، وظاهرهم أنه شرط في صحة النكاح ، وهو منقول عن الشيخ في المبسوط والعلامة في التذكرة ، قال في المبسوط على ما نقله في المختلف : والكفاءة معتبرة في النكاح ، وهي عندنا شيان : الإيمان وإمكان القيام بالنفقة واليسار المراعي ما يملك القيام بمؤونة المرأة وكفايتها لا أكثر من ذلك .

وقيل وهو ظاهر ابن إدريس : إن ذلك ليس شرطاً في صحة العقد وإنما للمرأة الخيار إذا تبين كونه غير موسر بنفقتها ، ولا يكون العقد باطلاً بل لها الخيار وليس كذلك خلاف الإيمان الذي هو الكفر إذا بان كافراً فإن العقد باطل ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار ، ثم أمر بأن يلحظ ذلك ويتأمل ^(٢) . واستوجه العلامة في المختلف ، وقال : إن المرأة لو نكحت ابتداءً بفقير

(١) الكافي ج ٥ ص ١٣٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٦ ص ٣٥١ ح ١١٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٢٢ ح ٥ .

(٢) قال في السرائر : عندنا أن الكفاءة المعتبرة في النكاح أمران : الإيمان واليسار بقدر ما يقوم بأمرها ، والاتفاق عليها ، ولا يراعي ما وراء ذلك من الانساب والصنائع ، والاولى أن يقال : إن اليسار ليس بشرط في صحة العقد ، وإنما للمرأة الخيار إذا لم يكن موسراً بنفقتها ، ولا يكون العقد باطلاً بل الخيار اليها ، وليس كذلك خلاف الإيمان الذي هو الكفر إذا بان كافراً كان العقد باطلاً ، ولا يكون للمرأة الخيار كما كان لها في اليسار ، ثم أمر أن يلحظ ذلك ويتأمل ، وما نقلناه في الاصل هو ملخص ذلك . (منه - قدس سره -) .

عالمة بذلك صحّ نكاحها إجماعاً ، ولو كانت الكفاءة شرطاً لم يصحّ ، وإذا صحّ مع العلم وجب أن يصحّ مع الجهل ، لوجود المقتضى السالم عن معارضة كون الفقر مانعاً . نعم أثبتنا لها الخيار دفعاً للضرر عنها ، ودفعاً للمشقة اللاحقة بها .

واستشكل السيد السند في شرح النافع في ثبوت هذا الخيار هنا ، من جهة التمسك بلزوم العقد إلى أن يثبت ما يزيله ، ومن لزوم الضرر ببقائها معه كذلك المنفي بالآية والرواية ، قال : والمسألة محل تردد .

وقال الشيخ المفيد : المسلمون الأحرار يتكافؤون بالاسلام والحريّة في النكاح وإن تفاضلوا في الشرف والنسب ، كما يتكافؤون في الدماء والقصاص ، فالمسلم إذا كان واجداً طويلاً للانفاق بحسب الحاجة إلى الأزواج مستطیعاً للنكاح مأموراً على النفس والأموال ، ولم يلزمه آفة في عقله ولاسفه في رأيه ، فهو كفو في النكاح .

وقال ابن الجنيّد : والاسلام جامع وأهلوه إخوة متكافئة دماهم إلا أن لمن حرمت عليه الصدقة فضلاً على غيرهم ، فوجب ألا يتزوج فيهم إلا من هو منهم ، لئلا يستحلّ بذلك الصدقة من حرمت عليه إذا كان الولد منسوباً إلى من يحلّ له الصدقة ، إنتهى .

أقول : ومما يدلّ على القول المشهور (أولاً) إطلاق الأخبار الدالة على الاكتفاء في الكفاءة بمجرّد الايمان ، كالأخبار المتقدمة الدالة على أنه^(١) «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه فزوجوه ، إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» . ومنها زيادة على ما قدمناه ما رواه الكليني في الكافي^(٢) مرسل عن الصادق عليه السلام : «قال : إن الله عز وجل لم يترك شيئاً مما يحتاج إليه إلا علمه نبيّه ، فكان من تعليمه إياه أنّه صعد المنبر ذات يوم فحمد الله وأثنى عليه ، ثمّ قال : أيّها الناس

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ٣٠٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠ ح ١ وص ٥١ ح ٢ و ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٣٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩ ح ٢ .

إن جبرئيل أتاني عن اللطيف الخبير فقال : إن الأبكار بمنزلة الثمر على الشجر ، إذا أدرك ثمره فلم يجتنأ فسدته الشمس و نثرته الرياح ، وكذلك الأبكار إذا أدركن ما يدرك النساء فليس لهن دواء إلا البعولة ، وإلا لم يؤمن عليهن الفساد لأنهن بشر ، قال : فقام إليه رجل فقال : يا رسول الله ﷺ فمن تزوج ؟ فقال : الأكفاء ، فقال : يا رسول الله و من الأكفاء ؟ فقال : المؤمنون بعضهم أكفاء بعض .

وروى الصدوق في كتاب علل الشرايع وعيون أخبار الرضا^(١) بسنده عن أبي جون مولى الرضا عنه عليه السلام قال : نزل جبرئيل على النبي ﷺ فقال : يا محمد إن ربك يقرئك السلام ، ويقول : إن الأبكار من النساء بمنزلة الثمر على الشجر ، فإذا أينع الثمر فلا دواء له إلا اجتناؤه ، وإلا أفسدته الشمس وغيرته الريح ، وإن الأبكار إذا أدركن ما تدرك النساء فلا دواء لهن إلا البعول ، وإلا لم يؤمن عليهن الفتنة ، فصعد رسول الله ﷺ المنبر فخطب الناس ثم أعلمهم ما أمر الله تعالى به ، فقالوا : ممن يا رسول الله ؟ فقال : من الأكفاء ، فقالوا : ومن الأكفاء ؟ فقال : المؤمنون بعضهم أكفاء بعض ، ثم لم ينزل حتى زوج ضباعة المقداد بن الأسود ، ثم قال : أيها الناس إنما زوجت ابنة عمي المقداد ليتصنع النكاح .

و(ثانياً) خصوص قوله عز وجل «إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله»^(٢) . ومارواه في الكافي^(٣) في الصحيح عن أبي حمزة الثمالي قال : كنت عند أبي جعفر عليه السلام إذ استأذن عليه رجل فأذن له فدخل عليه فسلم فرحّب أبو جعفر عليه السلام وأدناه وسأله ، فقال الرجل : جعلت فداك إنني خطبت إلى مولاك فلان ابن أبي رافع ابنته ، فردني ورغب عني وازدراني لدما متي وحاجتي وغرتي ، وقد دخلني من

(١) العلل ص ٥٧٨ ح ٤ ، العيون ج ١ ص ٢٢٥ ح ٣٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩ ح ٢ .

(٢) سورة النور - آية ٣٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٣٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣ ح ١ .

ذلك غضاضة هجمة غض لها قلبي تمنيت عندها الموت، فقال أبو جعفر عليه السلام: إذهب فأنت رسول الله إليه، وقل له: يقول لك محمد بن علي بن الحسين بن علي بن أبي طالب عليه السلام زوج منجج بن رباح مولاي ابنتك فلانة ولا ترده، قال أبو حمزة: فوثب الرجل فرحاً مسرعاً برسالة أبي جعفر عليه السلام فلما أن توارى الرجل قال أبو جعفر عليه السلام: إن رجلاً كان من أهل الإمامة يقال له جويبر أتى رسول الله صلى الله عليه وآله منتجعاً للإسلام^(١)، فأسلم وحسن إسلامه وكان رجلاً قصيراً دميماً محتاجاً عارياً - ثم ساق الخبر المشتمل على فقر جويبر وأنه من جملة أهل الصفة الذين كانوا يتعاهدهم رسول الله صلى الله عليه وآله بالبر والتمس الشعر إلى أن قال -: فقال له: يا جويبر لوتزوجت امرأة فعففت بها فركك وأعانتك على دنياك وآخرتك، فقال له جويبر: يا رسول الله بأبي أنت وأمي من يرغب في؟ فوالله مامن حسب ولا نسب ولا مال ولا جمال، فأية امرأة ترغب في؟ فقال له رسول الله صلى الله عليه وآله: يا جويبر إن الله قد وضع بالإسلام من كان في الجاهلية شريفاً، وشرّف بالإسلام من كان في الجاهلية وضيعاً، وأعزّ بالإسلام من كان في الجاهلية ذليلاً، وأذهب بالإسلام ما كان من نخوة الجاهلية وتفاخرها بعشائرها، وباسق^(٢) أنسابها - إلى أن قال -: ثم قال له: إنطلق يا جويبر إلى زياد بن لبید فإنه من أشرف بني ياضة حسباً فيهم فقل له: إنني رسول الله إليك، وهو يقول لك: زوج جويبراً ابنتك الذلفاء. ثم ساق الكلام بما يتضمن تزويج جويبر المرأة المذكورة.

والخبر المذكور ظاهر بالنظر إلى صدره في المطلوب والمراد، وصريح بالنظر إلى حكاية قصة جويبر بأوضح صراحة لا يعتريها الإيراد. ومما يدل على ذلك قول الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٣) وإذا خطب

(١) انتجع القوم: إذا ذهبوا بطلب الكلاء، وانتجع فلاناً: طلب معرفته. «النهاية»

(٢) الباسق: المرتفع في علوه. «النهاية».

(٣) الفقه الرضوي ص ٣١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٣٧ ب ٢٤ ج ٣.

إليك رجل رخصيت دينه وخلقه فزوجه ، ولا يمنعك فقره وفاقته ، قال الله تعالى «وإن يتفرقا يغن الله كلاً من سعته»^(١) ، وقال «إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله ، والله واسع عليم»^(٢) وهو كما ترى أيضاً صريح في المدعى ، وتؤيده الآيات والروايات الدالة على ضمان الله عز وجل الرزق لمن خلق وتكفله به .

واستدل للقول الثاني بما رواه في الكافي^(٣) في الصحيح عن أبان عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام قال : الكفوأن يكون عفيفاً وعنده يسار .

ورواه الشيخ في التهذيب^(٤) عن محمد بن الفضيل ، ممن ذكره عن أبي عبدالله عليه السلام مثله .

وأجاب عنه في المختلف بالحمل على الأولوية والاستحباب ، وهو جيد ويشير إليه اشتراط العفة التي هي عبارة عن التقوى ، فإنه لم يشترطها أحد في الكفاءة وصحة النكاح ، وإلا لبطل بدونه ، وعلى هذا ينبغي حمل كلام الشيخ المفيد فيما قدمنا من عبارته .

وأما ما ذهب إليه ابن الجنيد فإنه استدله في المختلف بما رواه في الكافي^(٥) عن علي بن بلال قال : لقي هشام بن الحكم بعض الخوارج فقال : يا هشام ما تقول في العجم يجوز أن يتزوجوا في العرب ؟ قال : نعم ، قال : فالعرب يتزوجوا من قريش ؟ قال : نعم ، قال : فقريش يتزوج في بني هاشم ؟ قال : نعم ، قال : ممن أخذت هذا ؟ قال : عن جعفر بن محمد عليه السلام سمعته يقول : أنتكافأ دماؤكم ، ولا تنكافأ فروجكم ؟ قال : فخرج الخارجي حتى أتى أبا عبدالله عليه السلام فقال : إني لقيت هشاماً فسألته

(١) سورة النساء - آية ١٣٠ .

(٢) سورة النور - آية ٣٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ٤ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٤ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢ ح ٥ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٤٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢ ح ٥ .

عن كذا، فأخبرني بكذا ، و ذكر أنه سمعه منك ، قال : نعم قد قلت ذلك، فقال الخارجي : فهذا أناذا قد جئتكَ خاطباً ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : إنك لكفوني دمك وحسبك في قومك ، و لكن الله عز وجل صاننا عن الصدقة ، و هي أوساخ أيدي الناس فنكره أن نشرك فيما فضلنا الله به من لم يجعل الله مثل ما جعل الله لنا ، فقام الخارجي و هو يقول : تالله ما رأيت رجلاً مثله قط" ردني و الله أقبح رد" ، وما خرج من قول صاحبه .

وحمله في المختلف على الأولوية أيضاً ، و يحتمل أن هذا الكلام إنما خرج في مقام دفع الخارجي بما لا يستوحش منه من كفره وعدم جواز منا كحته ، ولا يراد به ظاهره بالنسبة إلى غيره من الامامية ، فإنهم يتزوجون في بني هاشم من غير خلاف ولا كراهة ، كما دل عليه صدر الخبر المذكور ، و حديث تزويج النبي ﷺ ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب من المقداد بن الأسود ، كما دلت عليه جملة من الأخبار ، منها الخبر المتقدم .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن أبي بكر الحضرمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن رسول الله ﷺ زوج المقداد بن الأسود ضباعة بنت الزبير بن عبد المطلب وإثما زوجه لتتصنع المناكح وليتأسوا برسول الله ﷺ وليعلموا أن أكرمهم عند الله أتقاهم .

ورواه في الكافي^(٢) بسند آخر عن هشام بن سالم عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام مثله ، وزاد فيه « وكان الزبير أخا عبد الله وأبي طالب لأبيهما وأمهما » .

وروى في التهذيب^(٣) عن معاوية بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٤٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٤٤ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٧ ح ٥ .

رسول الله ﷺ زوج ضبيعة بنت الزبير بن عبد المطلب من مقداد بن الأسود ، فتكلمت في ذلك بنو هاشم فقال رسول الله ﷺ : إني إنما أردت أن تصنع المنكحة ، وبالجملية فإن القول المذكور بمكان من الضعف والقصور .

وأما ما ذهب إليه ابن إدريس والعلامة في المختلف من الخيار للمرأة لو ظهر كون الزوج فقيراً بعد عقده عليها ، فلا أثر له في أخبار المسألة ، وما استدلو به من دفع الضرر عن المرأة مدفوع بما ذكرنا من الآيات والأخبار الدالة على أن الله سبحانه ضامن بالرزق ومتكفل به سواء أجراه على يد الزوج أو غيره ، ألا ترى إلى قوله عز وجل « وإن يتفرقا يغن الله كلا من سعته »^(١) ، فإن فيه إشارة إلى أن التفرق الموجب لقطع إتيان الزوج على المرأة أو استعانة الزوج بالمرأة على ذلك لا يكون موجباً لاحتياج كل منهما وفقره بالله سبحانه يغني كلا من سعته وكرمه وكذا قوله « إن يكونوا فقراء يغنهم الله من فضله »^(٢) فإن فيه إشارة إلى أنه لا ينبغي الرد عن التزويج لأجل الفقر ، فإن الله عز وجل هو الرزاق لا الزوج ، وقد ضمن ذلك في كتابه وهو لا يخلف الميعاد ، فلا يمتنع التزوج لأجل فقره ، والآية ظاهرة في الرد على هذا القائل بأوضح ظهور ، الظاهر أنه إلى ما ذكرنا يشير كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٣) حيث استدلل بهذه الآية والآية التي بعدها على عدم منع الفقير من تزويج من رضي دينه ، وبذلك يظهر قوة التمسك بلزوم العقد حتى يقوم دليل على جواز فسخه ، ويظهر أيضاً ضعف استشكل السيد السند في المسألة كما قدمنا نقله عنه .

إذا عرفت ذلك فاعلم أنهم قد صرحوا بأن هذا الشرط ليس على نهج ما قبله من شرط الإيمان أو الاسلام للاتفاق هنا على جواز تزويج الفقير المؤمن ،

(١) سورة النساء - آية ١٣٠ .

(٢) سورة النور - آية ٣٢ .

(٣) الفقه الرضوي ص ٢٣٧ .

وإنما يظهر فائدة هذا الاشتراط هنا على تقدير القول به في الوكيل المطلق والولي ، فإنه ليس لهما أن يزوجاها إلا من كفو ، فإذا اعتبرنا اليسار في الكفاءة لم يصح لهما تزويجهما بالفقير ، وإن زوجاها تخيرت في الفسخ كما تخيرت في العيوب .

واختلف كلام العلامة في كتبه هذه المسألة ففي التذكرة اشتراط في الكفاءة اليسار كما قدمنا نقله عنه ، وجوز للولي أن يزوجها بالفقير ، ولو كان الذي يزوجها السلطان لم يكن له أن يزوجها إلا بكفو في الدين واليسار ، وهذا الكلام لا يخلو من تدافع كما عرفت ، وفي المختلف لم يعتبر اليسار ، واكتفى بالايمان لكنه حكم بأنها لو تزوجت الفقير جاهلة بفقره كان لها الخيار اذا علمت ، وهو قول ابن إدريس كما تقدم ، وفي القواعد لم يجعل اليسار شرطاً ولا أثبت لها الخيار .

وكيف كان فالظاهر أن اليسار شرط في وجوب الاجابة عليها أو على الولي فلو لم يكن ذا يسار لم تجب إجابته ، لأن الصبر على الفقر ضرر يدفع الوجوب ، وإن ترجحت الاجابة مع كمال دينه كما في قضية جويبر ونحوه ، والمعتبر في اليسار من النفقة كونه مالكا لها بالفعل أو القوة القريبة منه ، بأن يكون قادراً على تحصيلها بحرفة يحترفها أو بتجارة يتجرها ، ولا يشترط اليسار في المهر وإنما محل البحث والخلاف في النفقة خاصة ، والله العالم .

المسألة الثالثة: المشهور بين الأصحاب أنه لو تجدد عجز الزوج عن النفقة فليس للمرأة الفسخ ، ونقل عن ابن الجنيدي أنها تتخير بين الفسخ وعدمه ، وقيل : بأن الحاكم يبينهما ، وهذا القول نقله السيد السند في شرح النافع ، قال: نقل المحقق الشيخ فخر الدين عن المصنف أنه نقل عن بعض علمائنا قولاً بأن الحاكم يبينهما .

حجة القول المشهور أن الكاح عقد لازم ، فيستصحب ، ولظاهر قوله تعالى

«وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة»^(١) ومارواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن السكوني «عن جعفر بن محمد عن أبيه عن علي بن الحسين أن امرأة استعدت على زوجها أنه لا ينفق عليها وكان زوجها معسراً ، فأبى علي بن الحسين أن يجسه ، وقال : إن مع العسر يسراً ، ولو كان لها الفسخ لعرفتها به ليندفع عنها الضرر الذي استعدت لأجله ، وحجة ما ذهب إليه ابن الجنيد مارواه الصدوق^(٣) في الصحيح عن ربعي والفضيل بن يسار «عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل «ومن قدر عليه رزقه فلينفق مما آتاه الله» قال : إن أنفق عليها ما يقيم ظهرها مع كسوة ، وإلا فرق بينهما .

ومارواه في الفقيه^(٤) أيضاً عن عاصم بن حميد عن أبي بصير - والظاهر أنه ليث المرادي - فتكون الرواية صحيحة « قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : من كانت عنده امرأة فلم يكسها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها كان حقاً على الإمام أن يفرق بينهما ، والظاهر أن هذه الرواية هي مستند القول الثالث ، وإلى هذا القول - بما نقل عن ابن الجنيد - مال السيد السند في شرح النافع للصحيحين المذكورين ، قال : و الروايتان صحيحتا السند ، فيتجه العمل بهما مضافاً إلى ما يلزم في كثير من الموارد من الحرج العظيم المنفي بقوله تعالى «وما جعل عليكم في الدين من حرج»^(٥) والعسر الزائد الذي هو غير مراد لله عز وجل .

أقول : والرواية الأولى قدرها في الكافي^(٦) أيضاً عن روح بن عبد الرحيم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : قول الله عز وجل «ومن قدر عليه رزقه» الحديث كما تقدم .

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٠ .

(٢) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨ ح ٢ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ٢ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٩ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ٦١ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٣ ح ١ .

(٥) سورة الحج - آية ٧٨ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٦ .

و يقرب من هذين الخبرين ما رواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن جميل بن دراج قال : لا يجبر الرجل إلّا في ثقة الأبوين والولد، قال ابن أبي عمير : قلت لجميل : والمرأة ؟ قال : قد روى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا كساها ما يوارى عورتها ويطعمها ما يقيم صلبها أقامت معه وإلا طلقها ، الحديث ، وحاصل معنى الخبر أنه في العمودين يجبر على النفقة ، وأما في الزوجة فإنها ليست لازمة له لزوم العمودين ، بل يجبر على النفقة أو الطلاق .

و يعضد ذلك ماورد في خبر رواه في اصول الكافي ^(٢) في باب سيرتهم عليه السلام مع الناس إذا ظهر أمرهم قال فيه : والرجل ليس له على عياله أمر ولا نهي إذا لم يجبر عليهم النفقة ، ^(٣)

والعلامة في المختلف بعد أن نقل الاستدلال للقول المشهور باستصحاب لزوم العقد ورواية السكوني ، ولا بن الجنيد بلزوم الضرر ، والرواية عن الصادق عليه السلام وعارضها برواية السكوني ^(٤) قال في آخر كلامه : ونحن في المسألة من المتوقفين .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٢ ح ٨ ، التهذيب ج ٦ ص ٢٩٣ ح ٢٢ وص ٢٩٦ ح ٢٣ وص ٣٤٨ ح ٩٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٤ ح ٤ .

(٢) اصول الكافي ج ١ ص ٤٠٦ ح ٦ .

(٣) أقول : والحديث المذكور مروي عن أبي عبد الله - عليه السلام - أن النبي - صلى الله عليه وآله - قال : أنا أولى بكل مؤمن من نفسه ، وعلي أولى به من بعدي ، فقل له : ما معنى ذلك ؟ فقال : قول النبي - صلى الله عليه وآله - من ترك ديناً أو ضياعاً فعلي ، ومن ترك مالا فلورثته ، فالرجل ليست له على نفسه ولاية إذا لم يكن له مال ، وليس له على عياله أمر ولا نهي إذا لم يجبر عليهم النفقة والنبي وأمير المؤمنين - عليهما السلام - ومن بعدهما ألزمهم هذا ، فمن هناك صاروا أولى بهم من أنفسهم ، وما كان سبب اسلام عامة اليهود الا من بعد هذا القول من رسول الله - صلى الله عليه وآله - وأنهم آمنوا على أنفسهم وعلى عيالاتهم . (منه - قدس سره -) .

(٤) التهذيب ج ٦ ص ٢٩٩ ح ٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ١٤٨ ح ٢ .

وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك التوقف أيضاً حيث اقتصر على نقل الأقوال وأدلتها ولم يرجح شيئاً في البين ، إلا أن الظاهر أنه لم يقف على صحة الخبرين اللذين قدمناهما دليلاً لابن الجنيّد ، فإنه إنمّا نقل رواية ربعي والفضيل عارية عن وصفها بالصحة ، و الظاهر أنه أخذها من التهذيب ، فإنها فيه ضعيفة وإلا فهي في الفقيه صحيحة ، وأمّا صحيحة أبي بصير فلم يتعرض لها ، والظاهر أنه لو وقف على صحة هاتين الروايتين لما عدل عنها بناءً على عادته وطريقته كما علمته من سبطه في شرح النافع .

إذا عرفت هذا فاعلم أن الظاهر عندي في المقام بالنظر إلى هذه الأخبار - بناءً على قاعدتنا في العمل بجميع الأخبار من غير التفات إلى هذا الاصطلاح المحدث - أمر آخر غير ما ذكره ، وذلك فإن صريح رواية السكوني كون الزوج معسراً ، وأمّا صحيحة ربعي والفضيل وكذا صحيحة أبي بصير فإنهما مطلقتان ، وحينئذٍ فيمكن حمل إطلاقهما على ما صرحت به رواية السكوني من التقييد ، فينتج من ذلك أن الزوج متى كان معسراً وجب عليها الصبر ، عملاً باستصحاب لزوم العقد ، ولا تخيير في فسخ عقدها ، ولا يجوز أن يفرق بينهما ، وأمّا إذا كان ذائسار ولم ينفق عليها فإن الحكم فيهما دلّت عليه الصحيحتان من التفريق بينهما ، ويؤيد ما ذكرناه ما هو المفهوم من رواية جميل بن درّاج كما ذيلناها به من أنه يجبر على الانفاق عليها أو الطلاق ، ومن الظاهر أن الخبر على الانفاق إنمّا هو مع إمكانه ، وعلى ما ذكرناه لا تكون الصحيحتان من محلّ البحث في شيء لتخصيصهما بمن كان ذائسار ، ومحلّ البحث إنمّا هو العاجز عن الانفاق .

وبالجملة فالأظهر عندي في الجمع بين الأخبار هو ما ذكرته ، وبه يظهر قوة القول المشهور ، وأنه هو المؤيد المنصور .

ثمّ أنه لا يخفى أن الذي ذكره هنا - بناءً على قول ابن الجنيّد - هو تخيير المرأة في فسخ العقد وعدمه ، والذي دلّت عليه الصحيحتان التفريق ، وهو

أعم من ذلك لاحتمال أن يكون المراد به الطلاق بمعنى أنه يجبر على طلاقها، وإلا طلقها الحاكم الشرعي، ويؤيده ما قدمنا نقله من صحيحة جميل أو حسنة الظاهرة في الطلاق إن لم ينفق عليها، بمعنى أنه يجبر عليه مع عدم الاتفاق عليها. ونقل عن فخر المحققين أنه بني الخلاف في هذه المسألة على أن اليسار بالنفقة ليس شرطاً في لزوم العقد فلو جعلناه شرطاً تسلطت بتجدد العجز بغير إشكال، قال في المسالك: وهذا البناء ليس ببعيد، إلا أن عبارات الأصحاب مطلقة، بحيث يحتمل كون الخلاف هنا جارياً على القولين، إذ يحتمل على القول بأن اليسار جزء من الكفاءة أن يختص بالابتداء، ولا يلزم مثله في الاستدامة كما في العيوب الموجبة للخيار ابتداءً، ولا يثبت مع تجدها كما سيأتي، وعلى كل حال فكلام فخر الدين موجه - انتهى.

المسألة الرابعة: قالوا: لو خطب المؤمن القادر على النفقة وجبت إجابته على الولي، وإن كان أخفض نسباً، وإن منعه الولي كان عاصياً، وقيد بعضهم وجوب الإجابة بعدم قصد الأعلى مع وجوده بالفعل أو القوة، فلو قصد الأعلى مع وجوده لم تجب الإجابة بل ينتخير بينهما، وهل يعتبر في وجوب الإجابة بلوغ المرأة، أم يجب على الولي الإجابة وإن كانت صغيرة؟ احتمالان، من إطلاق الأمر وانتفاء الحاجة، وعلل تخصيص الأولياء بالحكم بأن الولي هو المجيب، والمانع غالباً وإن لم يكن له ولاية شرعية، كما تشير إليه صحيحة علي بن مهزيار^(١) المتقدمة الدالة على أنه كتب علي بن أسباط إلى أبي جعفر عليه السلام في أمر بناته أنه لا يجد أحداً مثله، فكتب إليه أبو جعفر عليه السلام: فهمت ما ذكرت في أمر بناتك، وأنت لا تجد أحداً مثلك، فلا تنظر في ذلك الخبر.

والأصل في هذا الحكم من أصله الأخبار الكثيرة المتقدمة الدالة على قوله عليه السلام: «إذا جاءكم من ترضون خلقه ودينه وزوجوه، وإلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير» والتقريب فيها أن مقتضى الأمر الوجوب، وأن مخالفتها معصية.

(١) والكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١٧٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥١ ح ١٧٢.

ويمكن أن يناقش في دلالة الأمر على الوجوب هنا حيث إن الظاهر من السياق كونه للإباحة، ولا ينافي ذلك إلا تفعلوه تكن فتنة في الأرض وفساد كبير، إذ الظاهر أن المراد أنه إذا حصل الامتناع من الإجابة لكون المخاطب حقيراً في نسبه لا لغيره من الأغراض فإنه يترتب على ذلك الفساد أو الفتنة من نحو التفاخر بالعشائر والمباهاة بالتكاثر كما في زمن الجاهلية، وما يترتب على ذلك من الفبايح الخارجة عن جادة الدين .

ويعضد ما ذكرناه ما صرح به ابن إدريس في كتابه حيث قال : وروي أنه إذا خطب المؤمن إلى غيره بنته وكان عنده يسار بقدر نفقتها ، وكان ممن يرضى فعالة وأماته ولا يكون مرتكباً لشيء يدخل به في جملة الفساق وإن كان حقيراً في نسبه قليلاً في ماله فلا يزوجه إياها كان عاصياً لله تعالى مخالفاً لسنة نبيه ﷺ ، ووجه الحديث في ذلك أنه إنما يكون عاصياً إذا رده ولم يزوجه لما هو عليه من الفقر ، والأنفة منه لذلك ، واعتقاده أن ذلك ليس بكفو في الشرع ، فأما إن رده ولم يزوجه لذلك ، بل لأمر آخر و غرض غير ذلك من مصالح دينه فلا حرج عليه ولا يكون عاصياً ، فهذا فقه الحديث . إنه يتهى كلامه زيد إكرامه ، وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبیه .

ومنه يعلم ما قدمنا ذكره من أن الولي لو ترك الإجابة لأجل العدول إلى الأعلى لا يكون عاصياً ، وكذا لو ترك الإجابة لما هو عليه من الصفات الذميمة من فسق ونحوه، فإنه لا حرج عليه ولا يكون عاصياً، والظاهر من الروايات المذكورة أن الخطاب فيها والأمر بالتزويج والنهي عن الرد إنما توجه إلى الأولياء بالتقريب الذي قدمناه ، وعلى هذا ففي تعلق الحكم بالثيب و البكر البالغ التي لا ولي لها وجوب الإجابة عليها إن قلنا بالوجوب على الولي إشكال ، من حيث إن ظاهر النصوص كما عرفت أن توجه الخطاب فيها إنما هو لخصوص الولي ، فلا يتعلق بغيره ، وإطلاق هذه الأخبار شامل لجواز من كحة الأخفض نسباً و الأدنى صنعة

وحرقة ونحو ذلك ، لأنّ المدار فيها على المماثلة في الإيمان أو الاسلام خاصة ، وأنت خبير بأنّها بإطلاقها شاملة للقادر على النفقة والعاجز عنها ، وهم قد قيّدوا وجوب الاجابة بالقدرة على النفقة ، وكأنّهم نظروا إلى أنّ في الصبر على الفقر ضرراً عظيماً فخصّصوا إطلاق هذه الأخبار بذلك ، وفيه ما لا يخفى كما تقدم الكلام عليه في شرط الكفاءة ، ومقتضى الأخبار المذكورة أيضاً تزويج الفاسق ، ولا سيما شارب الخمر ، إلا أنّه قد ورد في النهي عنه أخبار عديدة حملها أكثر الأصحاب على الكراهة جمعاً ، ومنع منه بعض الأصحاب ، لقوله تعالى « أفمن كان مؤمناً كمن كان فاسقاً لا يستودن »^(١).

وفيه إنّ الظاهر من أكثر آيات القرآن أنّ إطلاق الفسق فيها إنّما هو بمعنى الكفر ، لا بمعنى المشهور الآن من الامور المخلة بالعدالة ، سيّما ما ورد في تفسير هذه الآية من أنّ المؤمن أمير المؤمنين عليه السلام والفاسق الوليد أخو عثمان لامه^(٢).

ومن الأخبار الواردة في النهي عن تزويج شارب الخمر ما رواه في الكافي^(٣) عن أحمد بن محمد رفعه « قال : قال أبو عبدالله عليه السلام : من زوج كريمته من شارب الخمر فقد قطع رحمها ».

وعن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه^(٤) عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قال رسول الله صلى الله عليه وآله : شارب الخمر لا يزوج إذا خطب » . إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة ، إلا

(١) سورة السجدة - آية ١٨ .

(٢) تفسير علي بن ابراهيم ج ٢ ص ١٧٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٤٧ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٤٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٩٨ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣ ح ٤ .

أنها محمولة عند الأصحاب على الكراهة جمعاً بينها وبين ما تقدم .

المسألة الخامسة : المشهور بين الأصحاب أنه إذا تزوج امرأة ثم علم أنها كانت زنت فليس له الفسخ ، ولا الرجوع على الولي بالمهر ، وعلى الأول بأن ذلك مقتضى العقد اللازم ، وأما عدم الرجوع بالمهر فلأن ذلك مقتضى الأصل .

أقول : ويدل على الأول أيضاً ما رواه الصدوق^(١) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام قال : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل .

وفي رواية عبدالرحمن بن أبي عبدالله المرويتي في التهذيب^(٢) قال : وترد المرأة من العقل والبرص والجذام والجنون وأما سوى ذلك فلا .

وذهب ابن بابويه في المقنع إلى أنه يفرق بينهما ولا صداق لها ، لأن الحديث كان من قبلها ، ويدل عليه ما رواه المشايخ الثلاثة^(٣) عن السكوني عن أبي عبدالله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل يفرق بينهما ولا صداق لها لأن الحدث كان من قبلها .

ويدل عليه أيضاً ما رواه في الفقيه^(٤) عن الحسن بن محبوب عن الفضل بن يونس في الموثق قال : سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فزنت ، قال : يفرق بينهما وتحد الحد ولا صداق لها ، ورد المتأخرون هذه الروايات بضعف السند .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٣ ح ١٠٥ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٩٠ ح ١٧٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٢ .

ونقل عن الشيخ المفيد وجماعة أن له الخيار في المحدودة^(١) ، قال في شرح النافع : ولم نقف لهم في ذلك على مستند سوى ما في الالتزام بها من الضرر ، لاشتماله على العار ، ويضعف بأنه قادر على طلاقه ، وبه يندفع الضرر ، ثم نقل صحيحة الحلبي التي قدمنا نقلها عن الصدوق ، وعقبها بما رواه الكليني^(٢) عن رفاعه بن موسى قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود والمحدودة ، هل ترد من النكاح ؟ قال : لا .

أقول : ونحو هذه الرواية ما رواه الحسين بن سعيد في كتابه عن فضالة عن رفاعه بن موسى^(٣) قال : سألت عن المحدودة ؟ قال : لا يفرق بينهما ولا يترادان النكاح ، الحديث ، وهو صحيح صريح ، والظاهر أن المستند للشيخ المفيد - فيما نقل عنه - هو ما قدمناه من الأخبار الدالة على مذهب ابن بابويه ، وإلا فلم نقف على غيرها .

وذهب الشيخ في النهاية إلى أنها لا ترد ، وكذلك التي كانت زنت قبل العقد

(١) أقول : قال الشيخ المفيد - رحمه الله - : ترد المحدودة في الفجور ، وبه قال سائر واهن البراج واختاره ابن الجنيد وأبو الصلاح وقطب الدين الكيدري ، وقال الشيخ في النهاية : المحدودة في الزنا ترد ، وأما التي قد زنت قبل العقد فليس للرجل ردّها إلا أن له أن يرجع على وليها بالمهر ، وليس له فراقها إلا بالطلاق ، وقال ابن إدريس : الذي في نفسي أن المحدودة لا ترد بل يرجع على وليها بالمهر إذا كان عالماً بدخيلة أمرها ، فإن أراد فراقها طلقها ، انتهى . كذا نقله العلامة في المختلف ، ثم قال : والاقرب عندي عدم الرد للأصل وما رواه الحلبي في الصحيح ، ثم ساق الرواية كما ذكرناه في دليل القول الأول ، واحتج لما ذكره المفيد - رحمه الله - باشتماله على العار فكان موجباً للتسلط على الفسخ ، وقد عرفت ما فيه . (منه -

قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢ .

(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٢ .

إِلَّا أَنْ لَهُ الرُّجُوعُ عَلَى وَلِيِّهَا بِالْمَهْرِ، وَقَرِيبٍ مِنْهُ قَوْلُ ابْنِ إِدْرِيسَ، إِلَّا أَنَّهُ قِيلَ
الرُّجُوعُ عَلَيْهِ بِعِلْمِهِ بِحَالِهَا .

أَمَّا عَدَمُ رَدِّهَا وَفَسْخُ نِكَاحِهَا فَلَمَّا تَقَدَّمَ فِي الْقَوْلِ الْمَشْهُورِ .

وَأَمَّا الرُّجُوعُ عَلَى وَلِيِّهَا فَلَمَّا رَوَاهُ الشَّيْخُ فِي التَّهْذِيبِ ^(١) عَنْ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ
أَبِي عَبْدِ اللَّهِ قَالَ: سَأَلْتُ أَبَا عَبْدِ اللَّهِ ^(عليه السلام) عَنْ رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً فَلَمْ يَدْرِكْهَا مَا تَزَوَّجَهَا
أَتَمَّتْهَا قَدْ كَانَتْ زَنْتًا، قَالَ: إِنْ شَاءَ زَوْجُهَا أَخَذَ الصَّدَاقَ مِمَّنْ زَوَّجَهَا وَلَهَا الصَّدَاقُ بِمَا
اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا، وَإِنْ شَاءَ تَرَكَهَا، قَالَ: وَتَرَدَّ الْمَرْأَةُ مِنَ الْعَقْلِ وَالْبَرَصِ
وَالْجَذَامِ إِلَى آخِرِ مَا تَقَدَّمَ فِي أَدْلَةِ الْقَوْلِ الْأَوَّلِ .

وَرَوَى هَذَا الْخَبَرَ الْكَلِينِيُّ فِي الْكَافِيِّ ^(٢) فِي الصَّحِيحِ عَنْ مَعَاوِيَةَ بْنِ وَهَبٍ
بِدُونِ الزِّيَادَةِ الَّتِي فِي آخِرِهِ، وَمِنْهُ يَظْهَرُ قُوَّةُ الْقَوْلِ بِالرُّجُوعِ إِلَى الْمَهْرِ لَكِنْ يَنْبَغِي
تَقْيِيدُهُ بِمَا ذَكَرَهُ ابْنُ إِدْرِيسَ مِنْ عِلْمِ الْوَلِيِّ بِالزَّوْنِ، وَعَدَمُ إِخْبَارِهِ الزَّوْجَ ^(٣) وَالظَّاهِرُ
أَنَّ مَرَادَ الشَّيْخِ ذَلِكَ وَإِنْ أَطْلَقَ، وَيُؤَيِّدُهُ عَمُومُ الْأَخْبَارِ الدَّالَّةُ عَلَى الرُّجُوعِ عَلَى
الْوَلِيِّ إِذَا كَانَ عَالِمًا بِالْعَيْبِ، وَالزَّوْنِ مِنْ أَظْهَرِ الْعَيْبِ وَأَفْحَشِهَا .

وَخُصُوصَ مَا رَوَاهُ فِي الْكَافِيِّ ^(٤) فِي الصَّحِيحِ أَبُو الْحَسَنِ عَنْ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤ .

(٣) وإلى ما اختزنه من العمل بهذه الأخبار يميل كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، حيث أنه

بعد نقل صحيحة معاوية بن وهب التي في الكافي قال : ولو عمل به لم يكن به بأس ،

وحمله - على ما لو شرط للزوج كونها عفيفة - خلاف الظاهر ، وكون مقتضى النكاح أن المهر

على الزوج ، وإنما يرجع به على الولي لكونه غره باخفاء أمر المرأة . انتهى وهو جيد ،

ويعضد كلامه الأخير تكاثر الأخبار بكون المهر على الولي إذا علم بالعيب ، ولم يخبر الزوج

بذلك ، والزنا من أفحش العيوب فلا اشكال . (منه - قدس سره) .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ب ١ ح ١ .

إِنَّمَا قَالَ : سَأَلْتُهُ عَنْ الْمَرْأَةِ تَلْدَمِنْ الزَّانَا وَلَا يَعْلَمُ بِذَلِكَ أَحَدٌ إِلَّا وَلَيْتُهَا ، أَيْ صَلَحَ لَهُ أَنْ يَزُوجَهَا وَيَسْكُتَ عَلَى ذَلِكَ إِذَا كَانَ قَدْ رَأَى مِنْهَا تَوْبَةً أَوْ مَعْرُوفًا؟ فَقَالَ : إِنْ لَمْ يَذْكُرْ ذَلِكَ لَزَوْجِهَا ، ثُمَّ عَلِمَ بَعْدَ ذَلِكَ ، فَشَاءَ أَنْ يَأْخُذَ صَدَاقَهَا مِنْ وَلَيْتِهَا مِمَّا دَلَّسَ عَلَيْهِ ، كَانَ لَهُ ذَلِكَ عَلَى وَلَيْتِهَا ، وَكَانَ الصَّدَاقُ الَّذِي أَخَذَتْ لَهَا لِاسْبِيلَ عَلَيْهَا فِيهِ بَمَا اسْتَحَلَّ مِنْ فَرْجِهَا ، وَإِنْ شَاءَ زَوْجُهَا أَنْ يُمْسِكَهَا فَلَا بَأْسَ .

وَرَوَاهُ الْحُسَيْنُ بْنُ سَعِيدٍ فِي كِتَابِهِ عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ ^(١) قَالَ : سَأَلْتُهُ عَنِ الْمَرْأَةِ الْحَدِيثِ ، وَهُوَ صَحِيحٌ ، وَبِمَا ذَكَرْنَا يَظْهَرُ ضَعْفُ مَا تَقَدَّمَ فِي الْقَوْلِ الْأَوَّلِ مِنْ تَعْلِيلِ عَدَمِ الرَّجُوعِ بِالْمَهْرِ ، مِنْ أَنَّ ذَلِكَ مُقْتَضَى الْأَصْلِ فَإِنْ فِيهِ أَنَّهُ وَإِنْ كَانَ ذَلِكَ مُقْتَضَى الْأَصْلِ لَكِنْ يَجِبُ الْخُرُوجُ عَنْهُ بِالْدَلِيلِ وَقَدْ عَرَفْتَهُ .

بَقِيَ الْكَلَامُ فِي الرِّوَايَاتِ الْمُتَعَارِضَةِ فِي الْفَسْخِ وَعَدَمِهِ ، وَالظَّاهِرُ تَرْجِيحُ الرِّوَايَاتِ الدَّالَّةِ عَلَى الْعَدَمِ ، وَقَدْ تَقَدَّمَ الْكَلَامُ فِي هَذَا الْمَقَامِ بِالنِّسْبَةِ إِلَى الرَّدِّ بِالزَّانَا وَعَدَمِهِ فِي الْمَطْلَبِ الثَّلَاثِ فِيمَا يَحْرُمُ بِالْمَصَاهِرَةِ فِي الْإِلْحَاقِ الَّذِي فِي آخِرِ الْمَقَامِ الثَّانِي فِي الزَّانَا ، وَإِنَّمَا ذَكَرْنَاهُ هُنَا بِالنِّسْبَةِ إِلَى مَا يَتَعَلَّقُ بِهِ مِنَ الرَّجُوعِ بِالْمَهْرِ وَعَدَمِهِ ، وَمِمَّا يُؤَيِّدُ أَخْبَارَ عَدَمِ الرَّدِّ أَيْضًا صَحِيحَةُ رِفَاعَةَ الْمُتَقَدِّمَةِ ثَمَّةً ، وَإِنْ كَانَ مَوْرَدُهَا إِنَّمَا هُوَ زَانَا الزَّوْجِ ، إِلَّا أَنَّ الصَّدُوقَ قَائِلًا بِالرَّدِّ وَفَسْخَ الْعَقْدِ بِالزَّانَا ، أَعْمٌ مِنْ أَنْ يَكُونَ مِنَ الزَّوْجِ أَوْ الزَّوْجَةِ كَمَا تَضَمَّنَتْهُ عِبَادَةُ الْمُقْنَعِ الْمُتَقَدِّمَةِ ثَمَّةً .

السَّأَلَةُ السَّادِسَةُ : قَالَ الشَّيْخُ فِي النِّهَايَةِ : إِذَا اتَّعَنَ الرَّجُلُ إِلَى قَبِيلَةٍ وَتَزَوَّجَ ، فَوَجَدَ عَلَى خِلَافِ ذَلِكَ بَطْلَ التَّزْوِيجِ ، وَاخْتَارَهُ ابْنُ الْجَنِيدِ وَابْنُ حَمْرَةَ ، وَجَعَلَهُ ابْنُ الْبَرِّ أَحْجَ فِي كِتَابِيهِ مَعَ رَوَايَةٍ .

وَقَالَ الشَّيْخُ فِي الْمَبْسُوطِ : إِنْ كَانَ الْغُرُورُ بِالنِّسْبِ ، فَهَلْ لَهَا الْخِيَارُ أَمْ لَا ؟

(١) الْبَحَارُ ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٣ طَبْعُ الْجَدِيدِ / طَهْرَانُ ، الْوَسَائِلُ ج ١٤ ص ٦٠٠ ب ٦

قولان ، والأقوى أن الاختيار لها ، وفي الناس من قال لها الخيار وقد روي ذلك في أخبارنا ، واختار ابن إدريس المنع ، قال : وقد روي^(١) أن الرجل إذا انتسب إلى قبيلة فخرج من غيرها ، سواء كان أزدل أو أعلى ، يكون للمرأة الخيار فسي فسخ النكاح . والأظهر أنه لا يفسخ بذلك النكاح لقوله تعالى « أدفوا بالعقود »^(٢) ونسب ما قاله الشيخ في النهاية إلى أنه خبر واحد ، ثم قال : إلا أن هذا وإن لم يكن عيباً ، فإنه يرد به لأنه تدليس ، فرددناه من حيث التدليس بالاشتراط ، لامن حيث إنه عيب يرد به من غير اشتراط ، لأن العيوب في الخلقة يرد بها النكاح وإن لم يشترط السلامة في حال العقد ، بل بمجرد العقد يرد النكاح بعيب الخلقة ، فأما التدليس فإنه إذا اشترط أنه حر فخرج عبداً أو انتسب إلى قبيلة فخرج بخلافها ، سواء كان أعلى منها أو أدنى ، وكذلك السواد والبياض إذا شرطه فخرج بخلافه ، وما أشبه ذلك ، فلا يرد به النكاح إلا إذا اشترط خلافه ، وأما بمجرد العقد دون تقدم الشرط فلا يرد به النكاح ، فهذا الفرق بين عيب الخلقة وبين التدليس .

و قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والأقرب أنه إذا انتسب إلى قبيلة فبان أدنى منها بحيث لا يلائم شرف المرأة كان لها الخيار في الفسخ ، لما فيه من الفضاحة والنقص والتضرر بذلك .

ومارواه الحلبي^(٣) في الصحيح « قال في رجل يتزوج المرأة ، فيقول لها أنا من بني فلان ، فلا يكون كذلك ؟ قال : تفسخ النكاح أوقال : ترد النكاح » انتهى .

أقول : وهذا التفصيل صار قولاً ثالثاً في المسألة لأن المشهور فيها القولان المتقدمان خاصة من الخيار مطلقاً ، أو عدمه مطلقاً ، وأنت خير بأن الرواية

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ١ .

(٢) سورة المائدة - آية ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ١ .

مطلقة لادلالة لها على ما ذكره من التفصيل كما عرفت من كلام ابن إدريس .
وإلى القول بعدم الخيار يميل كلام المحقق في كتابيه ، وهو اختيار شيخنا
في المسالك حيث قال - بعد نقل الصحيحة المذكورة - ما لفظه: والرواية موقوفة
لاتصلح للحجية على فسخ مثل هذا العقد اللازم المعتضد بقوله تعالى «أو فوا بالعقود»
وأصالة بقاء النكاح ، نعم لو شرط ذلك في متن العقد توجه التسلط على الفسخ
بالاخلال بالشرط ، وإن لم يرد في ذلك رواية عملاً بالعموم .

وفي المختلف وافق الشيخ على الفسخ بدون الشرط بزيادة قيد آخر ، وهو
ظهوره أدنى مما انتسب إليه بحيث لا يلائم شرف المرأة ، والأقوى عدم الخيار
بدون الشرط في متن العقد وهو قول الشيخ في المبسوط والأكثر ، إنتهى .

وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إلى العمل بالرواية المذكورة ،
فقال - مشيراً إلى الجواب عما طعن به جده على الرواية ، ونعم ما قال - : وهذه
الرواية صحيحة السند ، لكن ردها المتأخرون بالاضمار ، حيث إن المسؤول
فيها غير مذكور ، وعندى أن ذلك غير قادح إذ من المعلوم أن الحلبي إنما يروي
عن الامام عليه السلام خاصة ، والوجه في وقوع هذه الاضمار في روايات الأصحاب أن
الحلبي وغيره من الرواة إذا أوردوا عدة أحاديث عن الامام عليه السلام يصرح أولاً باسم المروي
عنه ثم يرجع الضمير إليه ، فيقول وسألته عن كذا إلى أن يستوفي الأحاديث التي
رواها ، فلمّا نقل من بعده تلك الروايات ، وفرقها ذلك الناقل على مقتضى ما أراد ،
إنفق فيها مثل هذه الاضمار ، وهو غير قادح قطعاً ، إنتهى .

أقول : وبمثل ذلك صرح المحقق الشيخ حسن في مقدمات منتقى الجمان

وغيره من الأعيان .

ثم قال السيد المذكور : ومقتضى الرواية تسلط المرأة على الفسخ إذا انتسب
الرجل إلى قبيلة ، فإن بخلاف ذلك ، وكان الباعث على تزويجه ذلك الانتساب ،
والعمل بهامته ، ولو بشرط ذلك في متن العقد وظهر بخلافه تسلط على الفسخ

بغير إشكال . إنتهى ، وهو جيد .

و نقل في المختلف عن ابن الجنيّد أنّه قال : لو انتسب أحد الزوجين إلى نسب أو صناعة ولم يكن كذلك كان النكاح منفسخاً إن لم يرضه الآخر بعد علمه به ، فإن تأول تأويلاً يكون به صادقاً لم يبطل النكاح ، وقد روي « أن رجلاً تزوج على أنّه يبيع الدواب ، فوجد بايعاً للسنانير لم يفسخ أمير المؤمنين عليه السلام نكاحه ، وقال : السنانير دواب .

وقال في المختلف بعد ذلك : والبحث هنا يقع في مقامين :
الأول : هل حكم الصنعة حكم القبيلة ؟ نصّ ابن الجنيّد عليه في كلامه ، هذا وفي الرواية دلالة مامن حيث المفهوم عليه .

الثاني : هل الانتساب إلى القبيلة مشترك بين الرجل والمرأة ؟ نصّ ابن الجنيّد عليه ، وهو قول ابن حمزة ولم يتعرض الشيخ في النهاية لانتساب المرأة ، إنتهى .
أقول : والرواية التي أشار إليها ابن الجنيّد هي ما رواه الشيخ في التهذيب^(١) عن حماد بن عيسى عن أبي عبد الله عليه السلام عن أبيه عليه السلام قال : خطب رجل إلى قوم ، فقالوا : ما تجارتك ؟ فقال : أبيع الدواب ، فزوجوه ، فإذا هو يبيع السنانير ، فاختصموا إلى أمير المؤمنين عليه السلام فأجاز نكاحه وقال : السنانير دواب و يفهم منه أن إجازة النكاح إنما هو من حيث صدق الدواب على السنانير ، فلو لم يثبت صدقها عليها لم يجز النكاح ، وحينئذ يكون حكم الصنعة حكم القبيلة والله العالم .

المسألة السابعة : قد صرح الأصحاب بأنه لا يجوز التعريض بالخطبة لذات العدة الرجميّة لأنها زوجة ، ويجوز للمطلقة ثلاثاً من الزوج وغيره ، ولا يجوز التصريح لهامنه ولا من غيره ، أما المطلقة تسعاً للعدة ينكحها بينها رجلان فلا يجوز

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٣ ح ٣٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٥ ح ٢٤ .

التعريض لها من الزوج ويجوز من غيره، ولا يجوز التصريح في العدة منه ولا من غيره. وأما المعتدة البائنة فيجوز التعريض من الزوج وغيره، والتصريح من الزوج دون غيره.

أقول: التصريح هو الخطاب بما لا يحتمل إلا النكاح، مأخوذ من الصراحة وهو الخاوص، ومنه تسمية اللبن الخالص من المذق بالصريح مثل أن يقول: أتزوجك بعد العدة، ونحوه، والتعريض هو الخطاب بما يحتمل الرغبة في النكاح وغيرها، وإن كان في النكاح أقرب كما سيأتي في الأخبار إن شاء الله. وأما تحريم التعريض لذات العدة الرجعية فلما ذكره من أنها زوجة، فيتعلق بها ما يتعلق بالزوجة، ومن ذلك تحريم خطبتها تعريضاً وتصريحاً بواسطة وغيرها من غير خلاف يعرف.

وأما جواز التعريض للمعتدة في العدة البائنة دون التصريح لها فقليل بأنه موضع وفاق، واستدل عليه بقوله « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء، أو أكننتم في أنفسكم، علم الله أنكم ستذكرونهن » ولكن لا تواعدوهن » سرّاً، إلا أن تقولوا قولاً معروفاً^(١).

وبالجملة فالضابط عندهم في جميع ما ذكر أن التصريح بالخطبة للمعتدة حرام مطلقاً، إلا من الزوج في العدة التي يجوز له نكاحها بعدها بحيث لا تكون محرمة عليه كالعدة الرجعية، وكذا إذا كانت بائناً إذا كانت تحل له في الحال، وإن توقف الحل على رجوعها في البذل كما في المختلعة، والتعريض جائز من كل من يجوز له تزويجها بعد العدة، ومن الزوج وإن لم يجز له تزويجها حينئذٍ كالمطلقة ثلاثاً قبل المحلل ما لم تكن محرمة عليه مؤبداً.

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٥.

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بهذا المقام ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل « ولكن لا تواعدوهن سرّاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً » قال : هو الرجل يقول للمرأة قبل أن تنقضي عدتها : اوعدي بيت آل فلان ، ليعرض لها بالخطبة ، ويعني بقوله « إلا أن تقولوا قولاً معروفاً » التعريض بالخطبة « ولا يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » .

وعن عبد الله بن سنان^(٢) في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل « ولكن لا تواعدوهن سرّاً » الآية ، قال : السر أن يقول الرجل موعداً بيت آل فلان ثم يطلب إليها أن لا تسبقه بنفسها إذا انقضت عدتها ، فقلت . فقوله « إلا أن تقولوا قولاً معروفاً » قال : هو طلب الحلال في غيره أن يعزم عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » .

وعن علي بن أبي حمزة^(٣) « قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل « ولكن لا تواعدوهن سرّاً » قال : يقول الرجل اواعدك بيت آل فلان يعرض لها بالرفث ويرفث ، يقول الله عز وجل : « إلا أن تقولوا قولاً معروفاً » والقول المعروف التعريض بالخطبة على وجهها وحلها ولا تعزموا عقدة النكاح حتى يبلغ الكتاب أجله » .

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « إلا أن تقولوا قولاً معروفاً » قال : يلقاها فيقول إنني فيك لراغب وإنني للنساء

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٤ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٣٤ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٧١ ح ٩٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٣ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٣٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٤ .

لمكرم ، ولا تسبقيني بنفسك ، والسر " لا يخلو معها حيث وعدا .
و عن عبدالرحمن بن سليمان عن خالته ^(١) « قالت : دخل علي أبو جعفر محمد بن علي وأنا في عدتي ، فقال : قد علمت قرابتي من رسول الله ﷺ وحق جدي علي وقدمي في الاسلام ، فقلت له : غفر الله لك أن تخطبني وأنا في عدتي ، وأنت يؤخذ عنك ، فقال : أو قد فعلت ؟ إنما أخبرتك بقرابتي من رسول الله ﷺ وموضعي ، وقد دخل رسول الله ﷺ علي أم سلمة وكانت عند ابن عمها أبي سلمة فتوفى عنها فلم يزل يذكر لها منزلته من الله وهو متحامل علي يده حتى أئثر الحصر في يده من شدة تحامله عليها فما كانت تلك خطبة .
وروى أمين الاسلام الفضل بن الحسن الطبرسي في كتاب مجمع البيان ^(٢) عن الصادق عليه السلام في قوله « لا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو كنتم في أنفسكم - إلسى قوله - ولكن لا تواعدوهن سرا » قال : « لا تصرحوا لهن بالنكاح والتزويج » قال : « ومن السر أن يقول لها موعدك بيت آل فلان » .
و روى العياشي في تفسيره ^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « ولا تواعدوهن سرا إلا أن تقولوا قولا معروفا » قال : « المرأة في عدتها تقول لها قولا جميلا ، ترغبها في نفسك : ولا تقول : إني أصنع كذا وأصنع كذا القبيح من الأمر في البضع وكل أمر قبيح » .
وعن مسعدين صدقة ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله : « إلا أن تقولوا قولا معروفا » قال : « يقول الرجل للمرأة وهي في عدتها : يا هذه ما أحبب إلا ما أسرك ولو قدمضي عدتك لا فتوتني إن شاء الله فلا تسبقيني بنفسك ، وهذا كله من غير أن يعزموا عقدة النكاح » .

(١) مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨١ .

(٢) مجمع البيان ج ١ ص ٣٣٩ ط صيدا ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٨٤ ح ٥ .

(٣) و(٤) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٤ ح ٦ و ص ٣٨٥ ح ٧ .

وقال الشيخ علي بن إبراهيم في تفسيره^(١) وقوله : « ولا جناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو اكننتم في أنفسكم » فهو أن يقول الرجل للمرأة في العدة إذا توفى عنها زوجها : لا تحدثني حديثاً ، ولا يصرح لها بالنكاح والتزويج ، فنهى الله عن ذلك ، والسر في النكاح ، فقال « ولا تواعدوهن » سرّاً إلا أن تقولوا قولاً معروفاً ، قال : من السر أيضاً أن يقول الرجل في عدة المرأة موعداً بيت آل فلان ، إنتهى .

وأنت خبير بأنه ليس في هذه الأخبار ما يفي بالتفصيل الذي ذكره في أفراد العدد من العدة الرجعية والبائنة بينونة مؤبدة ، أو يمكن الرجوع فيها بعد المحلل من الزوج وغيره .

نعم ظاهر كلام الشيخ علي بن إبراهيم فرض ما ذكره في عدة الوفاة ، لكنّه لا يفيد الاختصاص ، وغاية ما يستفاد من هذه الأخبار - بعد ضم بعضها إلى بعض - هو أنه إذا خطبها لا يصرح لها بالنكاح ، وإنما يعرض بها تعريضاً ، ولا يخلو بها ، ويقول بها ما يستهجن من القول ترغيباً لها ، مثل أنه عظيم الآلة أو أني كثير . المجامعة للنساء ، ونحوه ، وإليه يشير خبر علي بن أبي حمزة ، وأصرح منه خبر العياشي وتفسير « السر » المواعدة في مكان كما في أكثر هذه الأخبار كأن فيه إشارة إلى أنهم في السابق هكذا كانوا يفعلون ، بأن يواعدة في مكان ويخلو بها ويقول لها من تلك الأقوال القبيحة ، فنهى في الآية عنه إلا أن يقولوا قولاً سديداً ، وهو التعريض الذي دلت الأخبار على جوازه ، فالنهي راجع إلى الخلوة بها على المذكور .

وبالجملة فإن ما ذكره من التفصيل ، الظاهر أنه لا مستند له إلا اتفاقهم كما يظهر من بعض عباراتهم ، ثم أن ما قدمنا نقله عنهم من جواز التعريض للمطلقة ثلاثاً قبل المحلل للزوج وغيره دون التصريح بظاهر السيد السند في شرح

(١) تفسير القمي ج ١ ص ٧٧ .

النافع المناقشة فيه بالنسبة إلى الزوج حيث قال - بعد نقل ذلك عنهم -: والأجود تحريمهما معاً ، لامتناع نكاحه لها قبل المحلل ، وهو جيد بناءً على ما يفهم من كلامهم من أنه متى كانت المرأة محرمة مؤبداً ، فإنه لا يجوز التصريح ولا التعريض لها كالمطلقة تسعاً للعدة ، وهذه قبل المحلل كذلك ، إلا أنك قد عرفت ما في أصل هذه الأحكام من عدم دليل واضح حتى بالنسبة إلى التعريض ، بل التصريح في العدة الرجعية حيث إنها زوجة ، بل الزوجة فضلاً عن العدة ، فأى دليل دل على التحريم^(١) فإنني لم أقف على نص يقتضيه ، والتحريم حكم شرعي يترتب عليه المؤاخظة والعقاب من الله سبحانه ، وثبوت الفسق مع المخالفة ، والحكم به من غير دليل مشكل .

ومن الممكن أن يقال : إنه لغو من القول لأثر يترتب عليه . نعم يمكن أن يقال : إن النهي في الآية عن الخلوة بها وهي في العدة وقول ما هو غير المعروف من التصريح بالخطبة أو الكلام المستهجن يدل على النهي عن ذلك لذات الزوج بطريق أدلى .

وفيه ما فيه إذ يمكن منع الأولوية بأنه يجوز أن يكون للعدة خصوصية في ذلك ، نعم اتفقهم على الحكم المذكور كما يظهر من كلامهم من أقوى المؤيدات . وبالجمل فباب المناقشة غير مسدود ، وكيف كان فإنه لو صرح بالخطبة في موضع المنع فالظاهر كما صرحوا به أيضاً أنه لا يفيد مزيد من الاثم ، فلو نكحها بعد انقضاء العدة فنكاحه صحيح ، ولا يؤثر فيه ما صنعه أولاً كما لو نظر إليها محرماً ثم تزوجها ، ولم ينقل الخلاف هنا إلا عن بعض العامة .

(١) وأما حديث الباقر - عليه السلام - الدال على انكاره الخطبة حيث اعترضت عليه المرأة بذلك

فهو غير صريح في التحريم ، بل يمكن حمله على الكراهة .

(منه - قدس سره -) .

المسألة الثامنة : قالوا : إذا تزوجت المطلقة ثلاثاً وشرطت في العقد أنه إذا حلّها فلا نكاح بينهما بطل العقد ، وربما قيل بلغوا الشرط ، فلو شرطت الطلاق قيل يصحّ النكاح ويبطل الشرط ، وإن دخل بها فلها مهر المثل ، وأما لو لم يصرح بالشرط في العقد ، وكان ذلك في نيته أو نيّة الزوجة أو الولي لم يفسد ، وكل موضع قيل يصحّ العقد فمع الدخول تحلّ للمطلق مع الفرقة وانقضاء العدة ، وكل موضع قيل يفسد لا تحلّ له ، لأنّه لا يكفي الوطء ما لم يكن عن عقد صحيح .

أقول : و تفصيل هذه الجملة و بيان ما اشتملت عليه من الأحكام يقع في مواضع :

الأوّل : فيما إذا شرطت في العقد أنه بعد التحليل فلا نكاح بينهما ، والظاهر أنه لا ريب في بطلان هذا الشرط لمنافاته لمقتضى العقد ، إذ قضيته بقاء التزويج إلى أن يحصل ما يزيله شرعاً من طلاق ونحوه بما علم من الشارع كونه مزيّلاً ورافعاً للنكاح ، ولم يثبت من الشارع أن شرط ارتفاعه من نفسه و إن كان على هذا الوجه المعين من جملة ذلك ، فقضية الأصل بمعنى الاستصحاب الشرعي المتفق على صحّة الحكم به بقاء النكاح وبطلان هذا الشرط .

بقي الكلام في صحّة العقد على هذا التقدير و عدمه ، والمشهور بين المتأخّرين بطلانه ، وعلّوه بأنّ التراضي بالعقد إنّما وقع على هذا الوجه المنصوص ولم يتمّ لهما ، فلو لم يبطل النكاح لزم صحّته بدون التراضي ، وهو باطل ، ومرجهه إلى أنّ العقود بالقصود ، فلو قيل بالصحة للزم أنّ ما وقع غير مقصود ، وما قصد غير واقع .

وذهب جمع من الأصحاب إلى صحّة العقد و إن بطل الشرط ، منهم الشيخ وابن الجنيّد وابن البرّاج وابن إدريس إستناداً إلى ما دلّ على أن الأصل في العقد الصحة ، وقال في المسالك - بعد أن نقل أن القول بالبطلان للأكثر بل ادعى عليه

الشيخ الاجماع ، ثم علّله بما ذكرناه - ما لفظه : والقول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله ، وينسب إلى الشيخ وقد صرح بخلافه . نعم هو باين إدريس أنسب لأنه صرح في غير موضع من النكاح وغيره أن "فساد الشرط لا يفسد العقد محتجاً عليه بعموم «أوفوا بالعقود» ، ولأنّهما شيئان كل منهما منفك عن الآخر ، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر .

وجوابه : أن الوفاء بالعقد العمل بمقتضاه من صحة و بطلان ، سلمنا أن المراد به العمل بمضمونه لكنه مشروط بوقوعه صحيحاً بالتراضي ولم يحصل هنا ، وانفكك العقد عن الشرط في نفسه مسلم ، لكنه في العقد المخصوص مرتبط به ، لأن التراضي إنّما وقع كذلك ، والأقوى بطلان العقد أيضاً . انتهى ، وفيه أن ما ذكره من أن القول بصحة العقد دون الشرط لم يظهر قائله إن أراد به في خصوص هذه المسألة فهو ممكن ، إلا أن ما ذكره بقوله «وهو باين إدريس أنسب» - حيث إنّه صرح في مواضع عديدة بأن الشرط الفاسد لا يفسد العقد - يجري أيضاً في غيره ممّن قال بهذا القول ، ومنهم الشيخ والجماعة الذين قدمنا ذكرهم ، وقد تقدم في كتاب البيع في الفصل الثاني عشر في نكت متفرقة ذكر المسألة ، وأنه لو اشتمل العقد على شرط فاسد ، فهل يبطل الشرط خاصة مع صحة العقد أو يبطل العقد أيضاً ؟ وأن العلامة - رحمه الله - نقل في المختلف القول الأول عن الشيخ وابن الجنيد وابن البرّاج ، وقد حققنا في الموضع المذكور وكذا في مواضع اخر ممّا تقدم ولا سيّما في مقدمات الكتاب في أول جلد كتاب الطهارة أن ما ذكره من هذا التعليق وإن كان المتسارع إلى الذهن صحته وقبوله ، إلا أنه بالنظر إلى الروايات الواردة في ذلك واختلافها فيما هناك فالحكم لا يخلو من الاشكال ، حيث إن جملة من الأخبار ظاهرة بل صريحة في القول بصحة العقد وفساد الشرط خاصة وبعضاً دلّ على بطلان العقد من أصله .

ومن الأخبار الدالة على صحة العقد وفساد الشرط خاصة زيادة على ما

قدمناه ثمة من الأخبار مارواه الشيخ في التهذيب^(١) عن زرارة قال: سئل أبو جعفر عليه السلام عن النهرية يشترط عليها عند عقدة النكاح أن يأتيها متى شاء كل شهر أو كل جمعة يوماً، ومن النفقة كذا وكذا؟ فليس ذلك الشرط بشيء، ومن تزوج امرأة فلها ما للمرأة من النفقة والقسمه الحديث.

أقول: والنهرية على ما ذكره بعض محققي المحدثين هو أن الرجل يخاف من زوجته فيتزوج امرأة أخرى سترأ عنها، ويشترط على الثانية ألا يأتيها ليلاً، وحاصل كلامه عليه السلام أن أصل العقد صحيح والشرط باطل، وأنه بعد تمام عقد النكاح تستحق المرأة القسمة والنفقة كغيرها من الزوجات، وهو صريح كما ترى في المدعى، ومنه يظهر أن جعل ذلك قاعدة كلية كما يظهر من كلامهم بالنظر إلى هذا التعليل الذي ذكره غير جيد، بل الواجب الوقوف على مقتضى الأدلة إن وجدت، وإلا فالتمسك بالاحتياط في هذا الموضع وغيره، والمسألة عارية هنا من النص فيتحتم الاحتياط فيها.

وأما ما ذكره في معنى قوله عز وجل «أو فوا بالعقود» من أنه العمل بمقتضاه من صحة وبطلان فهو بعيد غاية البعد، بل المعنى فيه إنما هو ما سلمه من أن المراد العمل بمضمونه كما هو الظاهر لكل ناظر. نعم ما اعترضه به جيد في الظاهر إلا أنه بالرجوع إلى الأخبار يزول عنه الاعتبار كما ذكرناه، ومن أراد تحقيق المسألة رجع إلى أحد المواضع التي أشرنا إليها.

الثاني: فيما لو شرط الطلاق، والكلام يجري على نحو ما تقدم في سابقه، قال في المسالك: وبطلان الشرط هنا متفق عليه، ثم إنه على القول بصحة العقد وبطلان الشرط يبطل المهر، لأن الشرط جزء من العقد ومحسوب منه وله قسط من المهر، فيتجهل المهر حيث فات منه ما يجهل نسبته إلى المجموع فيبطل،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٤ مع اختلاف يسير، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٨، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨ ح ٣ مع اختلاف يسير.

وحينئذ فيجب مع الدخول مهر المثل ، وعلى القول ببطلان العقد من أصله ، فإن كانت جاهلة بالتحريم ودخل بها صار نكاح شبهة والواجب فيه مهر المثل ، وإلا فلا مهر لها لأنها بنى .

الثالث : ما لو لم يصرح بالشرط ، وإن كان ذلك في نية أحدهما فإن النكاح صحيح ، قال في المسالك : وهو موضع اتفاق ، وهو الدليل مضافاً إلى عموم الوفاء بالعقود ، حيث لم يثبت المخصص ، ونية الطلاق من حين العقد لم يثبت كونها مانعة من الصحة وإنما المانع اشتراطه في متن العقد .

أقول : ويؤيده ما ورد في بعض الأخبار من أنه إنما يحرم الكلام .
الرابع : ما ذكره من أن كل موضع قيل فيه بصحة العقد ... إلى آخره ، فإنه مما لا إشكال فيه ، لأنه شرط التحليل التزويج ، والدخول بالزوجة ، وهذا لا يحصل إلا بصحة العقد مع الدخول بها ، فلو قيل بفساد العقد - كما هو أحد القولين في المسألة - لم يترتب عليه التحليل وإن نكح ، لأنه نكاح لاعن تزويج وعقد ، وهو ظاهر .

المسألة التاسعة : قد صرح الأصحاب بأن نكاح الشغار باطل - وهو بكسر الشين وفتحها ثم الغين المعجمتين ، نكاح كان معمولاً عليه في الجاهلية وهو أن يجعل بضع امرأة مهراً لآخرى .

قال الجوهري : الشغار - بكسر الشين - نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يقول الرجل لآخر : زوجني ابنتك أو اختك على أن أزوجه ابنتي أو اختي على أن صدق كل واحد منهما بضع الأخرى .

وقريب منه في القاموس والمصباح المنير ، وهو مأخوذ إما من شغار الكلب برجله ليبول أي رفها ، وشغرت المرأة رفعت رجلها للنكاح ، ومنه قول زياد لبنت معاوية التي كانت عند ابنه عبيد الله بن زياد لما اقتخرت عليه يوماً وتطاولت فشكاها إلى أبيه فدخل عليها بالدرة ليضربها ، وهو يقول : أشغراً و فغراً . أو

مأخوذ من شغل البلد إذا خلا من القاضي والسلطان ، لخلوه من المهر ، وهو باطل بإجماع العلماء والأخبار .

ومنها ما رواه في الكافي^(١) عن غياث بن إبراهيم قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : قال رسول الله ﷺ : لا جلب ولا جنب ولا شغار في الاسلام ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته أو اخته ، ويتزوج هو ابنة المتزوج أو اخته ولا يكون بينهما مهر غير تزويج هذا من هذا وهذا من هذا .

أقول : الظاهر أن هذا التفسير في الخبر من الإمام عليه السلام لكلامه ﷺ ، وأما الجلب والجنب - محر كين - فلهما معان .

منها : أن ينزل عامل الصدقات موضعاً ثم يرسل من يجلب إليه الأموال من أما لكنها ليأخذ صدقاتها ، والجنب أيضاً أن ينزل العامل بأقصى مواضع الصدقة ثم يأمر بالأموال أن تجنب إليه أي تحضرين يديه .

ومنها : أن يجنب رب المال بماله ، أي يبعده عن موضعه ، حتى يحتاج العامل إلى الابعاد في طلبه .

ومنها : أي يجلب الرجل على فرسه في السباق حثاً له على الجري ، يقال : أجلب عليه إذا صاح به واستحسنه .

ومنها : أي يجنب فرساً في السباق إلى فرسه الذي يسابق عليه ، فإذا عجز المراكب تحول إلى المجنوب ، والظاهر أن المراد في الخبر إنما هو بالنسبة إلى عامل الصدقات في كل من اللفظين كما تقدم في كتاب الزكاة .

ومنها ما رواه في الكافي^(٢) عن ابن جمهور عن أبيه رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : نهى رسول الله ﷺ عن نكاح الشغار وهي الممانحة وهو أن يقول الرجل

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦١ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ٣ .

للرجل : زوجني ابنتك حتى أزوجك ابنتي على أن لا مهر بينهما ، قال في الوافي :
الممانحة إما بالنون من المنحة بمعنى العطية ، أو الباء التحتانية المثناة من الميح ،
وهو إيلاء المعروف ، وكلاهما موجودان في النسخ .

ومارواه^(١) عن ابن بكير في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي جعفر عليه السلام
أو أبي عبدالله عليه السلام قال : نهى عن نكاح المرأتين ليس لواحدة منهما صداق إلا
بضع صاحبتهما ، وقال : لا يحل أن ينكح واحدة منهما إلا بصداق ونكاح المسلمين .
ولم ينقل الخلاف في عدم صحته عند العامة ، إلا عن أبي حنيفة فإنه قال :
بصحته .

المسألة العاشرة : في جملة من مكروهات النكاح زيادة على ما تقدم ، ومنها
العقد على القابلة وبنتها ، والمشهور بين الأصحاب الكراهة ، وخص الشيخ والمحقق
وجماعة الكراهة بالقابلة المربية ، وظاهر الصدوق في المقتنع التحريم حيث قال
في الكتاب المذكور : ولا تحل القابلة للمولود ولا بنتها ، وهي كبعض أمهاته ،
وفي حديث إن قبلت ومرت فالقوابل أكثر من ذلك ، وإن قبلت وربت حرمت
عليه ، انتهى .

والذي وقفت عليه من الأخبار مارواه في الكافي^(٢) عن عمرو بن شمر عن
أبي عبدالله عليه السلام قال : قلت له : الرجل يتزوج قابله ؟ قال : لا ، ولا ابنتها .
و مارواه في التهذيب^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبدالله عليه السلام قال : لا يتزوج
المرأة التي قبلته ولا ابنتها .

ومارواه المشايخ الثلاثة^(٤) عن جابر بن يزيد عن أبي جعفر عليه السلام قال : سأله

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦١ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٩ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٧ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٦ ، الوسائل

ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ١ .

عن القابلة أيحل للمولود أن ينكحها ؟ فقال : لا ، ولا ابنتها هي كبعض أمهاته .
أقول : وهذه الروايات ظاهرة الدلالات على مذهب إليه الصدوق .
وقال في الكافي وكذا في الفقيه^(١) وفي رواية معاوية بن عمار عن أبي عبد الله
عليه السلام : إن قبلت ومرت فالقوابل أكثر من ذلك ، وإن قبلت وربت حرمت
عليه ، وهذه هي الرواية التي أشار إليها في المفتح بقوله « وفي حديث . . . » والظاهر
أن المراد بقوله « قبلت ومرت » أي تقدمت ومضت ولم تكفله ولم تربته ، والقوابل
بهذا المعنى أكثر من أن يقال بتحريمهن ، ونظيره ماورد في رواية نجاسة أبوال
الدواب^(٢) ، بعد الحكم بنجاسة الأبوال « وأما أدوائها فهي أكثر من ذلك » يعني
أكثر من أن يحكم بنجاسته وهو كناية عن القول بطهارته .

ومنها ما رواه في الكافي^(٣) عن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام : إذا استقبل
الصبي القابلة بوجهه حرمت عليه وحرم عليه ولدها .

أقول : وهذه الرواية أيضاً ينتظم في سلك تلك الروايات السابقة ، والظاهر
أن المراد باستقبال الصبي القابلة بوجهه يعني وقت الولادة و خروجه من بطن
أمه ، وهو ظاهر في التحريم بمجرد كونها قابلة .

ومارواه في التهذيب^(٤) عن إبراهيم بن عبد الحميد في الصحيح « قال : سألت
أبا الحسن عليه السلام عن القابلة تقبل الرجل ، أله أن يتزوجها ؟ فقال : إن كانت قبلته
المرّة والمرتين والثلاثة فلا بأس ، وإن كانت قبلته وربته وكفلته فإني أنهي عنها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٣ ص ٥٧ ح ٥ ، التهذيب ج ١ ص ٢٦٥ ح ٦٢ ، الوسائل ج ٢ ص ١٠١١ ح ٨ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٦ ح ٤ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٧ .

نفسى و ولدي ، وفي خبر آخر « وصديقي » .

وأنت خير بأنه لا يظهر لقوله « إن كان قبلته المرة والمرتين والثلاثة » وجه ظاهر ، لأن القباله بكسر القاف إنشأها من تلقاها عن تلقى القابلة الولد عند خروجه ، ولا معنى للفظ غير ما ذكرناه ، وهذا لا يتكرر ولا يتعدد بحيث يكون مرتين وثلاثاً ، إلا أن يراد بالقباله ما هو أعم من التربية والكفالة ، فيصير معنى الخبر إن كانت كفلته بعد الولادة في بعض من الزمان دفعات غير مستمرة ولا متصلة فلا بأس ، وإن استمرت بعد القباله على كفالته وتربيته فإنه قد نهي عنها ، وهذا النهي محتمل لكونه نهي تحريم كما يدعيه الصدوق أو نهي كراهة كما يدعيه الأصحاب حيث استدكروا بهذه الرواية على الكراهة .

وقد ورد في جملة من الأخبار^(١) « قولهم ﷺ « أحلتها آية وحرمتها آية أخرى وأنا أنهي عنهما نفسى و ولدي » مع حكمهم بكون النهي هناك نهي تحريم كما تقدم في نكاح الاختين المملوكتين ، وبالجملة فإنه ظاهر فيما ذهب إليه الصدوق^(٢) .

ومنها ما رواه الشيخ في التهذيب^(٣) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح « قال : قلت للرضا عليه السلام : يتزوج الرجل المرأة التي قبلته ؟ فقال : سبحانه الله ما حرم الله عليه من ذلك » .

وما رواه الحميري في كتاب قرب الأسناد^(٤) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٨٩ ح ٥١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٧٢ ح ٣ .

(٢) قال المحقق الشيخ علي في شرح القواعد بعد نقل كلام الصدوق والاستدلال برواية جابر المتضمنة لانها كبعض امهاته ، والجواب الطعن في السند أولاً ثم الحمل على الكراهة .

انتهى ، وفيه ما عرفت في الاصل . (منه - قدس سره -) .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٥ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٦ .

(٤) قرب الاسناد ص ١٧٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٧ ح ٥ .

الصحيح عن الرضا عليه السلام قال : سألته عن المرأة تقبلها القابلة فتلد الغلام ، يحل للغلام أن يتزوج قابلة أمه قال : سبحان الله و ما يحرم عليه من ذلك ، و هذان الخبران صريحان في الجواز وهما مستند القول المشهور ، إلا أن الأصحاب لم ينقلوا في كتب الاستدلال إلا الرواية الأولى ، والظاهر أنه بناءً منهم على عدم الاعتماد إلا على أخبار الكتب الأربعة كما هو المشهور بينهم ، والشيخ في كتابي الأخبار حمل النهي المطلق على المقيّد بالتربية ، ثم حمل الجميع على الكراهة جمعاً ، كما تقدم نقله عنه في صدر المسألة ، ويمكن حمل الأخبار الدالة على التربية مثل صحيحة إبراهيم بن عبد الحميد ، و رواية معاوية بن عمار ، على ما إذا أرضعته بأن يكون التعبير بالتربية والكفالة كناية عن الرضاع ، فالتحريم إنما جاء من قبل الرضاع .

وبالجمله فالمسألة لا تخلو من نوع إشكال ، وإن كان القول المشهور أقرب ولا يحضرني الآن مذهب العامة في المسألة ، فلعلّ بعض أخبارها خرج منخرج ، التقيّة ، والله العالم .

ومنها أن يزوج ابنه بنت زوجته من غيره إذا ولدتها بعد مفارقتها ، ولا بأس بتزويجه ابنتها التي ولدتها من زوج آخر قبله ، والظاهر أن مستند الكراهة هنا هو الجمع بين ما دلّ على المنع والجواز .

والذي وصل إليّ من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه الشيخ في التهذيب ^(١) عن أبي همام إسماعيل بن همام في الصحيح قال : قال أبو الحسن عليه السلام : قال محمد ابن علي عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة و يزوج بنتها ابنه فيفارقها ، و يتزوجها آخر بعد قتل منه بنتاً ، فكره أن يتزوجها أحد من ولده لأنها كانت امرأته فطلقها فصار بمنزلة الأب ، وكان قبل ذلك أباً لها .

وعن علي بن إدريس ^(٢) قال : سألت الرضا عليه السلام عن جارية كانت في ملكي

(١) و(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠ و ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٦٥ .

فوطأتهما ثم خرجت من ملكي فولدت جارية، يحل لابني أن يتزوجها؟ قال: نعم لا بأس به قبل الوطء وبعد الوطء واحد.

ومارواه في الكافي^(١) عن العيص بن القاسم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «سألت عن الرجل يطلق امرأته ثم خلف عليها رجل بعده فولدت للآخر هل يحل ولدها من الآخر لولد الأول من غيرها؟ قال: نعم، قال: وسألت عن رجل أعتق سريته له ثم خلف عليها رجل بعده ثم ولدت للآخر، هل يحل ولدها لولد الذي أعتقها؟ قال: نعم».

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن شعيب العنبري قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يكون له الجارية يقع عليها يطلب ولدها فلم يرزق منها ولداً فوهبها لأخيه أو باعها فولدت له أولاداً، أيزوج ولده من غيرها ولد أخيه منها؟ فقال: أعد علي، فأعدت عليه، فقال: لا بأس به.

وعن الحسين بن خالد الصيرفي^(٣) قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن هذه المسألة، فقال: كررها علي، قلت له: إنه كانت لي جارية فلم ترزق مني ولداً فبعتها، فولدت من غيري ولداً، ولي ولد من غيرها، فازوج ولدي من غيرها ولدها؟ قال: تزوج ما كان لها من ولد قبلك يقول: قبل أن يكون لك.

وعن زيد بن الجهم الهلالي^(٤) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٥١ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٣ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٩٩ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٨، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٤٥٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٣ ح ٤.

المرأة يزوج ابنه ابنتها ؛ فقال : إن كانت الابنة لها قبل أن يتزوج بها فلا بأس .
ومارواه في الفقيه^(١) عن صفوان بن يحيى عن زيد بن الجهم الهلالي « قال :
سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة ولها ابنة من غيره أيزوج ابنه
ابنتها ؟ قال : إن كانت من زوج قبل أن يتزوجها فلا بأس ، وإن كانت من زوج
بعد ما تزوجها فلا » .

أقول : هذا ما حضرنى من أخبار المسألة وقد اشتركت في الدلالة على
جواز التزويج بين ولد الزوج و ولد المرأة الذين كانوا لها قبل أن يتزوج به ،
وإنما اختلف في المناكحة بين أولاد الزوج وأولادها الذين تجددوا بعد مفارقة
الزوج لها ، وقد دلت رواية الحسين بن خالد الصيرفي ورواية زيد بن الجهم
الاولى وكذا الثانية على المنع من ذلك ، وقد حملها الشيخ ومن تأخر عنه على
الكراهة جمعاً بينهما وبين ما دلّ على الجواز ، واستدلّ على ذلك بصحيفة إسماعيل
ابن همام^(٢) لاشتغالها على الكراهة ، وهو جيد وإن كان لفظ الكراهة في الأخبار
أعم ، إلا أن ظاهر التعليل المذكور في الرواية مؤذن بذلك ، مضافاً إلى ما دلّ
على الجواز .

ومن الأخبار المذكورة في هذا المقام ما رواه الشيخ في التهذيب^(٣) عن الصفار
عن محمد بن عيسى « قال : كتبت إليه خشف أم ولد عيسى بن علي بن يقطين في
سنة ثلاث ومائتين تسأل عن تزويج ابنتها من الحسين بن عبيد : أخبرك يا سيدي
وهولاي إن ابنة مولاك عيسى بن علي بن يقطين أملكها من ابن عبيد بن يقطين ،
فبعد ما أملكها ذكرها أن جدتها أم عيسى بن علي بن يقطين كانت لعبيد بن
يقطين ثم صارت إلى علي بن يقطين فأولدها عيسى بن علي ، قد كروا أن ابن عبيد

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٢ ح ٧٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٤ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٣ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٦ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٦٥ ح ٧ .

قد صار عمّتها من قبل جدتها أمّ أبيها أنها كانت لعبيد بن يقطين، فأريك ياسيدي ومولاي أن تمنّ علي مولانك بتفسير منك ، وتخبرني هل تحلّ له ؟ فإنّ مولانك ياسيدي في غم ، الله به عليم : فوقع ^{إلا} في هذا الموضع بين السطرين : إذا صار عمّا لا تحلّ له ، والعمّ والد دعم .

قال الشيخ : هذا الخبر يحتمل شيئين : (أحدهما) ما تضمنه حديث زيد بن الجهم و الحسين بن خالد الصيرفي أنّه إذا كانت للرجل سريّة وطأها ثمّ صارت إلى غيره فرزقت من الآخر أولاداً لم يجز أن يتزوج أولاده من غيرها بأولادها من غيره ، لمكان وطئه لها ، وقد يثبت أن ذلك محمول على ضرب من الكراهة ، وأنّه لا فرق بين أن يكون الولد قبل الوطء أو بعده في أن ذلك ليس بمحظور . و (الوجه الآخر) هو أن يكون إنّما صار عمّتها لأنّ جدتها لما كانت لعبيد ابن يقطين ولدت منه الحسين بن عبيد وليس في الخبر أنّ الحسين كان من غيرها ، ثمّ لما أدخلت على علي بن يقطين ولدت منه أيضاً عيسى ، فصارا أخوين من جهة الأمّ وإبني عمّين من جهة الأب ، فإذا رزق عيسى بنتاً كان أخوه الحسين بن عبيد عبيد من قبل أمّها عمّا لها ، فلم يجز أن يتزوجها ، ولو كان الحسين بن عبيد مولوداً من غيرها لم تحرم بنت عيسى عليه على وجه ، لأنّه كان يكون لابن عمّ له لا غير ، وذلك غير محرم على حال ، إنتهى .

أقول : لا يخفى أنّ الاحتمال الأول لأوجه له ، لأنّ جواب الامام ^{عليه السلام} صريح في أنّ التحريم إنّما هو لصيرورته عمّا لها ، والصواب الحقّ إنّما هو الثاني . بقي هنا شيء وهو أنّ المحقق الشيخ علي في شرح القواعد والشهيد الثاني في المسالك بعد أن ذكرا من أدلة المسألة صحيحة إسماعيل بن همام و صحيحة العيص ^{عليه السلام} اعتراضاً على عبارة المتن ، بأنّه لو أبدل الابن والبنت بالولد ليشمل الذكر والانثى كما ورد في صحيحة العيص لكان أجود .

وفيه أنّ مستند الكراهة في المسألة إنّما هي صحيحة إسماعيل بن همام

و موردها إنما هو ابن الزوج و بنت المرأة لامطلق الولد كما تضمنته الروايات الدالة على الجواز من صحيحة العيص وغيرها ، وحينئذ فتلك الروايات الدالة على الجواز إنما يستثنى منها هذا الفرد خاصة ، وأما غيره فلا كراهة فيه ، هذا بالنسبة إلى ما ذكره من الروايتين المتقدمتين حيث إنهما إنما اعتمدا عليهما لصحتهما .

و أما على ما نقلناه من الأخبار كمالاً فإن التعارض بينهما قد حصل في مطلق الولد ، فإن كلاً من روايات المنع و روايات الجواز عدا رواية أبي همام قد اشتملت على مطلق الولد ، و وجه الجمع بينهما حمل المنع على الكراهة ، و حينئذ فيتم ما ذكره إلا أنهم لا يرضونه لعدم عملهم بالروايات المذكورة لضعفها باصطلاحهم ، والله العالم .

(ومنها) أن يتزوج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه ، ويدل على ذلك ما رواه الشيخ^(١) في الصحيح عن زرارة قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : ما أحب للرجل المسلم أن يتزوج ضرة كانت لأمه مع غير أبيه .

وخص المحقق في الشرايع الكراهة بمن كانت ضرة لأمه قبل أبيه ، واعترضه في المسالك بأن الرواية شاملة للمقدمة والمتأخرة .

(ومنها) أن يتزوج الرجل اخت أخيه ، لما رواه الشيخ^(٢) عن إسحاق بن عمار قال : سأله عن الرجل يتزوج اخت أخيه ؟ قال : ما أحب له ذلك .

ويدل على الجواز ما رواه في الفقيه^(٣) عن صفوان بن يحيى عن أبي جريير القمي قال : سألت أبا الحسن عليه السلام أزواج أخي من أمي اختي من أبي ؟ فقال أبو الحسن عليه السلام : زوج إيتاه إيتاه ، أو زوج إيتاه إيتاه ، وقد مر في الرضاع ما يدل على

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ١٠٣ وص ٤٨٩ ح ١٧٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٨٩ ب ٤٢ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ١٠١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٨٠ ح ٤ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٧٩ ح ١ .

الجواز على الكراهة في الاخوة الرضائية .

(ومنها) التزويج بالزانية قبل التوبة عند أكثر الأصحاب ، وقيل بالتحريم ، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في اللاحق المذكور ذيل المقام الثاني من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة .

(ومنها) نكاح المرأة المتولدة من الزنا بالعقد أو الملك ، ويتأكد في استيلادها ، روى الكليني - رحمه الله عليه - عن عبدالله بن سنان ^(١) في الصحيح « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام ولد الزنا ينكح ؟ قال : نعم ، ولا يطلب ولدها » .

وعن محمد بن مسلم ^(٢) في الصحيح « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام : الخبيثة يتزوجها الرجل ؟ قال : لا ، وقال : إن كان له أمة وطأها ولا يتخذها أم ولد » .
وعن محمد بن مسلم ^(٣) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن الخبيثة أتزوجها ، قال : لا » .

وعن محمد بن مسلم ^(٤) في الصحيح عن أحدهما عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية أو يتزوجها لغير رشدة ويتخذها لنفسه ، فقال : إن لم يخف العيب على ولده فلا بأس » .
وعن الحلبي ^(٥) في الصحيح عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : سئل عن الرجل يكون له الخادم ولد زنا ، عليه جناح أن يطأها ؟ قال : لا ، وإن تنزه عن ذلك فهو أحب إلي » .
وروى البرقي في المحاسن عن ثعلبة وعن عبدالله بن هلال ^(٦) عن أبي عبدالله

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٧ ح ٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٨ ح ٥ .

(٦) لم نثر عليها في المحاسن بل وجدناها في التهذيب ج ٧ ص ٤٧٧ ح ١٢٥ ، الفقيه ج ٢

ص ٢٧١ ح ٧١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٣٨ ح ٨ .

عليه السلام في الرجل يتزوج ولدا لثنا؟ قال: لا بأس، إنما يكرم ذلك مخافة العار، وإنما الولد للصلب، وإنما المرأة وعاء، قلت: الرجل يشتري خادماً ولد زناً فيطأها قال: لا بأس.

(ومنها) نكاح المجنونة، فروى في الكافي والتهذيب^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: سأله بعض أصحابنا عن الرجل المسلم تعجبه المرأة الحسنة أيسلح له أن يتزوجها وهي مجنونة؟ قال: لا، ولكن إن كانت عنده أمة مجنونة فلا بأس بأن يطأها ولا يطلب ولدها.

(ومنها) نكاح الحمقاء، فروى في الكافي والتهذيب^(٢) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: إيثاكم وتزويج الحمقاء، فإن صحبتها بلاء وولدها ضياع.

وروى في الكافي^(٣) في الصحيح عن أحمد بن أبي عبد الله عن أبيه عمن حدثه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: زوجوا الأحمق ولا تزوجوا الحمقاء، فإن الأحمق ينجب والحمقاء لا تنجب.

(ومنها) تزويج شارب الخمر، وقد مر بعض الأخبار الدالة على المنع من تزويجه في المسألة الرابعة.

(ومنها) تزويج سيئ الخلق، ويدل عليه ما رواه الصدوق^(٤) بطريقه إلى

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ب ٣٤ ح ١.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٣ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦ ب ٣٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٦ ح ٣٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٦٣ ح ٣٠، الفقيه ج ٣ ص ٢٥٩ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ح ١.

يعقوب بن يزيد عن الحسين بن بشار الواسطي « قال : كتبت إلى أبي الحسن الرضا عليه السلام : إن لي قرابة قد خطب إلي ابنتي و في خلقه سوء ، قال : لا تزوجه إن كان سيئ الخلق » .

(ومنها) تزويج المختن ، فروى عبدالله بن جعفر الحميري في قرب الأسناد^(١) عن عبدالله بن الحسن عن جده علي بن جعفر عن أخيه « قال : سألته أن أزوج ابنتي غلاماً فيه لين وأبوه لا بأس به ، قال : إذا لم يكن فاحشة فلا بأس به » يعني المختن . ورواه علي بن جعفر في كتابه مثله .

(ومنها) تزويج الزنج والأكراد والخزر ، فروى في الكافي والتهذيب^(٢) عن مسعدة بن صدقة عن أبي عبدالله عليه السلام « قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام : إياكم و نكاح الزنج فإنه خلق مشوه » قيل : الزنجي بالفتح والكسر : صنف من السودان واحداهم زنجي .

وروى في الكافي^(٣) عن أبي ربيع الشامي « قال : قال لي أبو عبدالله عليه السلام : لا تشتر من السودان أحداً ، فإن كان لا بد فمن النوبة ، فإنهم من الذين قال الله عز وجل « ومن الذين قالوا إنا نصارى أخذنا ميثاقهم فنسوا حظاً مما ذكروا به »^(٤) أما إنهم سيذكرون ذلك الحظ ، وسيخرج مع القائم عليه السلام من أعصابه منهم ، ولا ننكحوا من الأكراد أحداً فإنهم جنس من الجن كشف عنهم الغطاء » .

(١) قرب الأسناد ص ١٠٨ ، بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٨٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ح ٢ مع اختلاف يسير .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ١ وفيه « مسعدة بن زياد » التهذيب ج ٧ ص ٤٠٥ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤ ب ٣١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٠٥ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦ ب ٣٢ ح ١ .

(٤) سورة المائدة - آية ١٤ .

وروى في الكافي^(١) عن علي بن داود الحداد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا تناكحوا الزنج والخزر^(٢)، فإن لهم أرحاماً تدل على غير الوفاء، قال: والهند والسند والقند ليس فيهم نجيب يعني القندهار.

قال في الوافي: خوز: بالضم صنف من الناس، وفي بعض النسخ الخزر بالمعجمتين ثم المهملة وهو محركة ضيق العين وصفرها سمي به صنف من الناس هذه صفتهم.

(ومنها) تزويج الأعرابي بالمهاجرة، لما رواه في الفقيه^(٣) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن العلاء «والخر» از» عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: لا يتزوج الأعرابي المهاجرة فيخرجها من دار الهجرة إلى الأعراب.

ومن هذه الأخبار الدالة على كراهة تزويج شارب الخمر وسيئ الخلق ونحوهما من الأفراد المعدودة يعلم صحة ما ذكره ابن إدريس في معنى الحديث النبوي صلى الله عليه وآله وسلم كما تقدم نقله عنه في المسألة الرابعة من أن النهي عن رده متى كان ممن يرضى خلقه ودينه وترتب الفتنة والفساد على الرد، وعدم التزويج إنما هو فيما إذا رده من حيث الفقر والمسكنة والحقارة في نسبه لا أن يكون رده لا تصاف به هذه الأوصاف المنهي عنهما شرعاً، والله العالم.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٢ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥ ح ٢.

(٢) الخزر: هو ضيق العين وصفرها كأنه ينظر بمؤخرها، والخزر: جيل من الناس «الصحاح».

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٥ وفيه «وأبي أيوب عن محمد بن مسلم»، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٥.

ب ١٤ ح ١.

الفصل الثالث

في نكاح المتعة

و يعتبر عنها أيضاً بالنكاح المنقطع لتحديد بـأجل معين، وقد أجمع علماء الفريقين كافة على أن نكاح المتعة كان مشروعاً في صدر الاسلام، وفعله الصحابة في زمن النبي ﷺ وزمن أبي بكر وبرهة من زمن عمر، ثم نهى عنها وتوعد من فعلها، و وافقه بعض، وخالفه بعض، وسكت آخرون، وأجمع أهل البيت ﷺ وشيعتهم على بقاء شرعيتها وأنه لم ينسخ حكمها، ووافقهم على ذلك جماعة من الصحابة والتابعين .

والأخبار الواردة بها عن أهل البيت ﷺ قد بلغت حد التواتر المعنوي، ومن أخبارهم الدالة على إباحتها ما رواه الحميدي^(١) في الجمع بين الصحيحين في مسند عبد الله بن عباس قال : قال أبو نضرة : كان ابن عباس يأمر بالمتعة، وكان ابن الزبير ينهى عنها، قال : فذكرت ذلك لجابر بن عبد الله فقال : على يدي دار الحديث تمتعنا مع رسول الله ﷺ، فلما قام عمر قال : إن الله كان يحل لرسوله ما شاء بما شاء، وإن القرآن قد نزل منزلة، فأتموا الحج والعمرة كما أمركم الله، وأبتموا نكاح هذه النساء، فلن أوتي برجل نكح امرأة إلى أجل إلا رجته بالحجارة .

وروى الحميدي^(٢) أيضاً في كتابه في مسند جابر بن عبد الله من طريق آخر قال : كنّا نتمتع بالقبضة من التمر والدقيق، الأيام على عهد رسول الله ﷺ وأبي بكر حتى نهى عنها عمر في شأن عمرو بن حريث .

(١) صحيح مسلم ج ١ ص ٤٦٧، أحكام القرآن للحصاص ج ٢ ص ١٧٨، راجع الغدير ج ٦

ص ٢١٠ .

(٢) صحيح مسلم ج ٢ ص ١٠٢٣ ح ١٦ وفيه « نستمع » .

وروى الترمذي في صحيحه^(١) عن ابن عمر، وقد سأله رجل من أهل الشام عن متعة النساء، فقال: حلال، فقال: إن أباك قد نهى عنها، فقال ابن عمر: أرايت إن كان أبي قد نهى عنها وصنعها رسول الله ﷺ أترك السنة وتبّع أبي؟. وروى الحافظ أبو نعيم في كتاب الحلية وأحمد^(٢) بن حنبل في المسند عن عمران بن حصين في متعة النساء، واللفظ له، قال: انزلت آية المتعة في كتاب الله وعملناها وفعلنا مع النبي ﷺ ولم ينزل قرآن بحرمتها ولم ينه عنها حتى مات. إلى غير ذلك من الأخبار التي يضيق عنها المقام، ثم إنهم لانحلال زمامهم واختلال نظامهم مع دلالة هذه الأخبار وأمثالها على استمرار الحل إلى زمان عمر، إعتذروا لعمر في نهيه عنها بأنه إنما نهى عنها لنسخها في زمنه ﷺ، وأن معنى قول عمر في الخبر المشهور^(٣) «متعتان كانتا في عهد رسول الله ﷺ حلالاً وأنا أنهى عنهما» يعني أخبركم بالنهاي عنهما موافقة لنهي رسول الله ﷺ. هذا مع اضطراب أخبارهم التي رووها له في النسخ وعدم إمكان الجمع بينها.

فروى البخاري ومسلم في صحيحهما^(٤) عن ابن مسعود قال: كنّا ننزو مع رسول الله ﷺ ليس معنا نساء فقلنا: ألا نستخصي؟ فنهانا عن ذلك، ثم رخص لنا بعد أن تنكح المرأة بالثوب إلى أجل، ثم قرأ عبد الله «يا أيها الذين آمنوا لا تحرموا طبيبات ما أحل الله لكم»^(٥).

وروى الترمذي عن ابن عباس^(٦) - رضي الله عنه - قال: إنما كانت المتعة في

(١) صحيح الترمذي ج ١ ص ١٥٧، تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٦٥.

(٢) صحيح البخاري ج ٧ ص ٢٤ كتاب التفسير سورة البقرة طبع سنة ١٢٧٧.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ١ ص ٣٤٢ و ٣٤٥، تفسير القرطبي ج ٢ ص ٣٧٠.

(٤) صحيح البخاري ج ٧ ص ٥ كتاب النكاح، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٠ مع اختلاف يسير.

(٥) سورة المائدة - آية ٨٧.

(٦) صحيح الترمذي ج ٣ ص ٤٣٠.

صدر الاسلام كان الرجل يقدم البلد ليس له بها معرفة فيتزوج المرأة بقدر ما يرى أنه يقيم فتحفظ متاعه وتصلح له شئته حتى نزلت هذه الآية وإلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم^(١).

ورودا في الصحيحين^(٢) عن علي بن أبي طالب أن رسول الله ﷺ نهى عن نكاح المتعة وعن لحوم الحمر الأهلية زمن خيبر.

ورودا عن سلمة بن الأكوع^(٣) أنه قال: رخص لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء عام أو طاس ثلاثة أيام ثم نهى عنها.

ورودا عن سيرة الجهنبي^(٤) أنه غزا مع النبي ﷺ في فتح مكة قال: فأقمنا فيها خمسة عشر فأذن لنا رسول الله ﷺ في متعة النساء ثم لم يخرج حتى نهى عنها ورواه مسلم.

وروى أبو داود وأحمد^(٥) عنه أن رسول الله ﷺ في حجة الوداع نهى عنها. أقول: انظر إلى هذه الأخبار في هذا المقام وما هي عليه من التناقض الذي لا يقبل الالتئام وهي بانضمام بعضها إلى بعض دالة على التحليل مراراً عديدة والنسخ كذلك، مع أن غاية ما يدعونه كما نقل عن الشافعي إنما هو مرتان، فإنهم نقلوا عن الشافعي أنه قال: ما علمت شيئاً حرم مرتين وبيع مرتين إلا المتعة.

قال شيخنا في المسالك بعد نقل هذه الروايات التي في النسخ ونعم ما قال: تأمل هذا الاختلاف في رواية نسخها، وأين النهي عنها في خيبر، والأذن فيها في أو طاس، ثم النهي عنها بعد ثلاثة أيام مع الحكم بأنها كانت سايفة في أول الاسلام

(١) سورة المؤمنون - آية ٦.

(٢) صحيح البخاري ج ٧ ص ١٦، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٧.

(٣) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ص ١٨٢، صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٤.

(٤) صحيح الترمذي ج ٣ ص ٤٣٠.

(٥) صحيح مسلم ج ١ ص ٣٩٤.

إلى آخر ذلك الحديث المقتضي لطول مدة شرعيتها ، ثم الاذن فيها في فتح مكة وهي متأخرة عن الجميع ، ثم النهي عنها ذلك الوقت ، ثم في حجة الوداع وهي متأخرة عن الجميع ، فيلزم على هذا أن تكون شرعت مراراً وسخت كذلك . ومن اللطائف في هذا المقام ما نقله في المسالك عن بعض كتب الجمهور : أن رجلاً كان يفعلها فقبل له : عمن أخذت حلها ؟ فقال : عن عمر ، فقالوا : كيف ذلك وعمر هو الذي نهى عنها وعاقب على فعلها ؟ فقال : لقوله ^(١) «متعتان كانتا على عهد رسول الله ﷺ أنا أحرهما وأعاقب عليهما، متعة الحج ومتعة النساء» ، فأنا أقبل روايته في شرعيتها على عهد رسول الله ﷺ ، ولا أقبل نهيه من قبل نفسه . والبحث معهم في أمثال هذه المسائل واسع ، وقد استوفينا ذلك في مقدمات كتابنا «سلاسل الحديد في تقييد ابن أبي الحديد» .

ولننقل هنا طرفاً من الأخبار المروية عن أهل البيت عليهم السلام تيمناً كما هي عادتنا في الكتاب ، ومنها ما يدل على إباحتها ، ومنها ما يدل على فضلها واستجبابها مضافاً إلى ما يأتي في أثناء مباحث الكتاب مما يدل على أحكامها .
فروى في الكافي ^(٢) في الصحيح عن أبي بصير «قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعة ، فقال : نزلت في القرآن : فما استمتعتم به منهن فآتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة» ^(٣) .
وعن عبدالله بن سليمان ^(٤) «قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : كان علي عليه السلام يقول : لولا ما سبقني به بني الخطاب مازنى إلا شقي ، كذا في الرواية المنقولة في

(١) راجع الغدير ج ٦ ص ٢٠٥ - ٢١٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ١ .

(٣) سورة النساء - آية ٢٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٤٨ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ٢ .

كتب الأصحاب^(١).

وقال ابن إدريس في سرائره : روي في بعض كتب أصحابنا عن أمير المؤمنين عليه السلام لولا ما سبقني إليه بني (ابن) الخطاب مازني إلا شقي، بالشين المعجمة والفاء ومعناه إلا قليل، والدليل عليه حديث ابن عباس ذكره الهروي في الغريبين : ما كانت المتعة إلا رحمة، ورحم الله بها أمة محمد عليه السلام، ولولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شفاء. وقد أورده الهروي في باب الشين والفاء، لأن الشفاء عند أهل اللغة القليل بلا خلاف بينهم، وبعض أصحابنا ربما حرف ذلك وقال: وتكلم بالقاف والياء المشددة، وما ذكرناه هو وضع اللغة وإليه المرجع وعليهم المعول في أمثال ذلك، انتهى.

أقول : ويؤيده ما في النهاية الأثيرية^(٢) قال : وفي حديث ابن عباس : ما كانت المتعة إلا رحمة، رحم بها أمة محمد عليه السلام لولا نهيه عنها ما احتاج إلى الزنا إلا شفاء. أي القليل من الناس من قولهم غابت الشمس إلا قليلاً من ضوءها عند غروبها.

وقال الأزهرى : قوله إلا شفاء، إلا أن يشفي، يعني يشرف على الزنا ولا يواقعه، وأقام الاسم وهو الشفاء مقام المصدر الحقيقي، وهو الشفاء على الشيء.

أقول : انظر إلى روايتهم هذا الخبر في كتبهم الموافق لما قدمناه عنهم من الأخبار الدالة على استمرارها إلى زمان عمر، ودالاتها على أن عمر هو الناهي عنها مع أخبار النسخ التي قدمنا نقله عنهم، فأى الخبرين أولى بالقبول عند ذوي العقول، فإن أحدهما باطل البتة وكذب محض بلابية، ولا ريب أن الصحيح منها

(١) أقول : وما يؤيد ما هو المذكور في لفظ الخبرين ما ورد في بعض الأخبار المنقولة في كتاب البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ : لعن الله ابن الخطاب فلولا ما زنى إلا شقي أو شقية لأنه كان للمسلمين غناء في المتعة عن الزنا. (منه - قلنس سره -).

(٢) النهاية ج ٢ ص ٤٨٨.

هو ما اتفق عليه الفريقان ، و هو خبر البقاء والاستمرار إلى ذلك الوقت ، فتعين بذلك كذب أخبار النسخ وإن رووها في الصحاح بزعمهم .

ومنها ما رواه في الكافي^(١) عن ابن أبي عمير عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إنما تزلت « فما استمتعتم به منهن » إلى أجل مسمى فأتوهن أجورهن فريضة . أقول : وقد روي نحو هذا الخبر من طرقهم ، رواه الثعلبي في تفسيره عن حبيب بن أبي ثابت قال : أعطاني عبد الله بن العباس مصحفاً وقال : هذا قراءة أبي ابن كعب ، فرأيت في المصحف « فما استمتعتم به منهن » إلى أجل مسمى فأتوهن أجورهن فريضة ولا جناح عليكم فيما تراضيتن به من بعد الفريضة إن الله كان حكيماً عليماً .

ورواه الثعلبي أيضاً في تفسيره عن عبد الله بن جبير وأبي نضرة . وعن علي النسائي^(٢) قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : جعلت فداك إنني كنت أتزوج المتعة فكرهتها فتشأمت بها فأعطيت الله عهداً بين الركن والمقام وجعلت عليّ في ذلك نذراً وصيماً أن لا أتزوجها ، ثم أن ذلك شقّ عليّ وندمت عليّ يميني ، ولم يكن بيدي من القوة ما أتزوج في العلانية ، قال : فقال : عاهدت الله أن لا تطيعه ، والله لئن لم تطعه لتعصيته .

ومارواه في الفقيه^(٣) عن جميل بن صالح قال : إن بعض أصحابنا قال لأبي عبد الله عليه السلام : إنه يدخلني من المتعة شيء فقد حلفت أن لا أتزوج متعة أبداً ، فقال له أبو عبد الله عليه السلام : إنك إذا لم تطع الله فقد عصيته .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٤٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٣٦ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٠ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥١ ح ٨ و ج ٨ ص ٣١٢ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٤ ح ١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٥ ح ٢ .

و عن جيل بن صالح^(١) عن عقبة عن أبيه عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : للمتمتع ثواب ؟ قال : إن كان يريد بذلك وجه الله تعالى وخلافاً على من أنكرها لم يكلمها كلمة إلا كتب الله تعالى له بها حسنة ، ولم يمد يده إليها إلا كتب الله له حسنة ، فإذا دنا منها غفر الله تعالى له بذلك ذنباً ، فإذا اغتسل غفر الله له بقدر ما مر من الماء على شعره ، قلت : بعدد الشعر ؟ قال : نعم بعدد الشعر . وعن بكر بن محمد^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن المتعة ، فقال : إني لأكره للرجل المسلم أن يخرج عن الدنيا وقد بقيت عليه خلعة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يصنعها .

وقال الصادق عليه السلام^(٣) إني لأكره للرجل أن يموت وقد بقيت عليه خلعة من خلال رسول الله صلى الله عليه وآله لم يأتها ، فقلت له : فهل تمتع رسول الله صلى الله عليه وآله ؟ قال : نعم ، وقرأ هذه الآية « وإذ أسر النبي إلى بعض أزواجه حديثاً - إلى قوله تعالى - نيبات وأبكاراً » .

ونقل شيخنا المجلسي - رحمه الله عليه - في كتاب البحار^(٤) عن رسالة الشيخ المفيد - رحمه الله عليه - في المتعة أخباراً عديدة في استحبابها ، منها ما رواه بسنده في الرسالة إلى هشام بن سالم في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : يستحب للرجل أن يتزوج المتعة وما أحب للرجل منكم أن يخرج من الدنيا حتى يتزوج المتعة ولومرة .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ ح ١٨ وفيه « وروى صالح بن عقبة عن أبيه » ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ٣ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٥ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ١ وفيهما « لم يقضها » .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٢ ح ٢ .

(٤) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٣ ح ١٠ .

وعن بكر بن محمد^(١) « عن الصادق عليه السلام حيث سئل عن المتعة ، فقال : أكرهه للرجل أن يخرج من الدنيا وقد بقيت عليه خلعة من خلال رسول الله ﷺ لم تقض .
وعن محمد بن مسلم^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام : « أنه قال : قال لي : تمتعت ؟ قلت : لا ، قال : لا تخرج من الدنيا حتى تحيي السنة . »

وعن صالح بن عقبة^(٣) عن أبيه عن الباقر عليه السلام « قال : قلت : للمتمتع ثواب ؟ الحديث كما تقدم نقله عن الفقيه .

وبالاسناد المتقدم أولاً عن أحمد بن محمد بن عيسى عن علي بن محمد الهمداني^(٤) عن رجل سمّاه عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : ما من رجل تمتع ثم اغتسل إلا خلق الله من كل قطرة يقطر منه سبعين ملكاً يستغفرون له إلى يوم القيامة ، ويلعنون متجنّبينها إلى أن تقوم الساعة . »

ثم نقل جملة من الأخبار إلى أن قال في الرسالة : هذا قليل من كثير في هذا المعنى .

وروى في الكافي^(٥) عن علي - والمراد به علي بن إبراهيم الذي هو أحد مشايخه - رفعه « قال : سألت أبا حنيفة أبا جعفر محمد بن النعمان صاحب الطاق فقال له : يا أبا جعفر ما تقول في المتعة أتزعم أنها حلال ؟ قال : نعم ، قال : فما يمنعك أن تأمر نساءك أن يتمتنن ويكتسبن عليك ؟ فقال له أبو جعفر : ليس كل الصناعات يرغب فيها وإن كانت حلالاً ، وللناس أقدار و مراتب يرفعون أقدارهم ، ولكن ما تقول يا أبا حنيفة في النبيذ أتزعم أنه حلال ؟ فقال : نعم ، قال : فما يمنعك

(١) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٤ ، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٧ ح ٢ .

(٢) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٠٥ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٣ ح ١١ .

(٣) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٠٦ ح ١٩ ، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٨٨ ح ٣ .

(٤) بحار الانوار ج ١٠٣ ص ٣٠٧ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٤ ح ١٥ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٠ ح ٨ .

أن تقعد نساءك في الحوانيت نبأ ذات فيكتسبن عليك؟ فقال أبو حنيفة: واحدة بواحدة وسهمك أنفذ، ثم قال له: يا أبا جعفر إن الآية التي في «سأل سائل»، تنطق بتحريم المتعة، والرواية عن النبي ﷺ قد جاءت بنسخها؟ فقال له أبو جعفر: يا أبا حنيفة إن سورة سأل سائل مكيّة وآية المتعة مدنيّة وروايتك شاذة رديّة، فقال له أبو حنيفة: و آية الميراث أيضاً تنطق بنسخ المتعة، فقال أبو جعفر: قد ثبت النكاح بغير ميراث، قال أبو حنيفة: من أين قلت ذلك؟ فقال أبو جعفر: لو أن رجلاً من المسلمين تزوج امرأة من أهل الكتاب ثم توفّي عنها ما يقول فيها؟ قال: لا تراث منه، قال: فقد ثبت النكاح بغير ميراث ثم افترقا،^(١).

أقول: كان أبو جعفر المذكور حديد النظر سريع الجواب بديهة، وكان له مع المخالفين إلزامات، وهو عند الشيعة يلقّب بمؤمن الطاق وشاه الطاق وصاحب الطاق، والمخالفون يلقّبونه بشيطان الطاق لما يجرعهم في إلزاماته لهم من المشاق. و له مع أبي حنيفة من هذا القبيل كثير، قال له أبو حنيفة لما بلغه موت الصادق عليه السلام شماتة: يا أبا جعفر مات إمامك، فقال له: وإمامك من المنظرين إلى يوم الوقت المعلوم.

و في بعض الأخبار ما يدل على المنع من الإلحاح فيها ومدادمتها متى أغناه الله بالأزواج، فردى في الكافي^(٢) عن علي بن يقطين في الصحيح أو الحسن قال: سألت أبا الحسن موسى عليه السلام عن المتعة فقال: وما أنت وذاك فقد أغناك الله عنها، قلت: إننا أردت أن أعلمها، فقال: هي في كتاب علي عليه السلام، فقلت: تريدها وتزداد؟ فقال: وهل يطيبه إلا ذاك، والمراد تريدها، في المهر وتزداد، في

(١) أقول: الظاهر أن عدول مؤمن الطاق إلى هذا الجواب مبني على التنزل والمباشرة، وإلا فإن له أن يجيب بأن المتعة زوجة فتدخل تحت الآية وإن كان إطلاقها على الدائم أكثر استعمالاً إلا أن الظاهر أنه تفرس في أبي حنيفة أنه لا يقبل هذا الجواب فعدل عنه إلى ما ذكره مما لا يمكنه

رده وإنكاره. (منه - قدس يره -).

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٢ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ١.

الأجل ، بأن يعقد عليها بعد انقضاء المدة وإن كانت في العدة بمهر جديد ومدة أخرى ، وقوله « وهل يطيبه إلا ذاك » ، لعل المراد به أنها ليست مثل الدائمة متى تزوجها صارت كلاً عليه ، فإن هذه باعتبار المدة التي لها إن أعجبته جدد العقد عليها بعد المدة وزادها وزادته وإلا تركها .

و عن الفتح بن يزيد ^(١) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن المتعة ؟ فقال : هي حلال مباح مطلق لمن لم يغنه الله بالتزويج ، فليستعفف بالمتعة ، فإن استغنى عنها بالتزويج فهي مباح له إذا غاب عنها .

وعن ابن شمون ^(٢) وقال : كتب أبو الحسن عليه السلام إلى بعض مواليه لاتلحوا على المتعة ، إنما عليكم إقامة السنة ، فلا تشتغلوا بها عن فرشكم وحرائركم فيكفرون ويتبرين ويدعين على الأمر بذلك ويلعنونا ، إلى غير ذلك من الأخبار .

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع في الأركان والأحكام فهنا مقامان :

الاول في الاركان :

وهي عند الأصحاب أربعة : الصيغة ، والمحل ، والأجل ، والمهر . وتفصيل الكلام فيها يقع في موارد :

الاول : في الصيغة ، ولا خلاف في انعقاد نكاح المتعة بأحد هذه الألفاظ الثلاثة وهي : زوجتك وأنكحتك ومتعتك بأن تقول المرأة ذلك في الإيجاب ، فيقبل الزوج بما يدل على ذلك من الألفاظ ، وجوز أبو الصلاح وابن البراء في الإيجاب أن يقع من الرجل بقوله متعتني نفسك كذا فتقول المرأة قبلت أو رضيت .

ونقل عن المرتضى أنه جعل تحليل الأمة عقد متعة ، وعلى هذا فينعقد عنده بلفظ الإباحة والتحليل ، قال في شرح النافع وهو جيد لو ثبت كونه كذلك ، لكنه غير واضح كما ستقف عليه في محله ، والمشهور في كلام المتأخرين

(١) و(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٩ ح ٢ ص ٤٥٠

اعتبار اللفظ الماضي في عقد النكاح مطلقاً ، لأنه صريح في الانشاء ، بخلاف المستقبل المحتمل للوعد ، وخالف جماعة فاكثفوا بلفظ المستقبل ، وهذا هو المستفاد من الأخبار المتكثرة .

منها ما رواه في الكافي^(١) عن أبي بصير ، قال : لا بد من أن تقول في هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً نكاحاً غير سفاح ، الحديث ، وظاهره أن هذه صيغة العقد كما تدل عليه جملة من الأخبار الآتية : وعن أبان بن تغلب^(٢) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : كيف أقول لها إذا خلوت بها ؟ قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ لا واردة ولا موروثة كذا وكذا يوماً وإن شئت كذا وكذا سنة بكذا وكذا درهماً ، ونسبني من الأجرام نراضيتما عليه قليلاً كان أو كثيراً ، فإذا قالت : نعم ، فقد رضيت فهي امرأتك ، وأنت أولى الناس بها ، الحديث ، وهو كما ترى ظاهر في مخالفة ما ذكره من وجوه :

منها اشتراط الماضي في الإيجاب وهو هنا بلفظ المستقبل .
ومنها كون الإيجاب من المرأة والقبول من الرجل ، والإيجاب هنا من الرجل والقبول من المرأة عكس ما قالوه .
وفي رواية ثعلبية^(٣) : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ نكاحاً غير سفاح . . . إلى آخره .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧

ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦

ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦

ح ٢ .

وفي رواية مؤمن الطاق^(١) يقول لها زوجيني نفسك على كتاب الله و سنة نبيه ﷺ . . . إلى آخره . إلى غير ذلك من الأخبار التي من هذا القبيل .
وبالجملة فالظاهر من تتبع الروايات في هذا الباب وغيره أن المدار في صحة العقود كيف كانت على التراخي من الطرفين بالألفاظ الدالة على مقتضى ذلك العقد ، كما تقدم ذكره في غير موضع من الكتب المتقدمة .

ويؤكده بالنسبة إلى مانحن فيه ما رواه في الكافي^(٢) عن نوح بن شعيب عن علي عن عمه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : جاءت امرأة إلى عمر فقالت : إنني زنت فطهرني ، فأمر بها أن ترجم فأخبر بذلك أمير المؤمنين عليه السلام فقال : كيف زنت ؟ فقالت : مررت بالبادية فأصابني عطش شديد فاستسقيت أعراياً ، فأبى أن يسقيني إلا أن امكنته من نفسي ، فلما أجهدني العطش وخفت على نفسي سقاني فأمكنته من نفسي ، فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تزويج ورب الكعبة .

قال في الوافي : إنما كان تزويجاً لحصول الرضا من الطرفين و وقوع اللفظ الدال على النكاح والانتكاح فيه ، وذكر المهر وتعيينه ، والمرة المستفادة من الإطلاق القائمة مقام ذكر الأجل ، انتهى .

أقول : ويؤيد ما ذكره - رحمة الله عليه - من حمل الخبر على التزويج المنقطع ذكر الكليني له في هذا الباب وجعله من قبيل أخبار العقد المنقطع ، وكأنه فهم منه أنها زوجته نفسها بشربة من ماء .

إلا أنه قد رويت هذه القصة بعينها في خبر آخر بما يدل على خلاف هذا الخبر ، فروى الصدوق في الفقيه والشيخ في التهذيب^(٣) عن محمد بن عمرو بن سعيد عن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧

ح .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٥ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ١٠ ص ٤٩ ح ١٨٦ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٥ ح ٤٠ ، الوسائل ج ١٨ ص ٣٨٤ ح ٧ .

بعض أصحابنا فقال : أنت امرأة إلى عمر فقالت : يا أمير المؤمنين إنني فجرت فأقسم في " حد الله ، فأمر برجمها وكان علي عليه السلام حاضراً قال : فقال له : سلها كيف فجرت؟ قالت : كنت في فلاة من الأرض فأصابني عطش شديد فرفعت لي خيمة فأتيتها فأصبت فيها رجلاً أعرايياً فسألته الماء فأبى علي أن يسقيني إلا أن امكّنه من نفسي فوليت منه هاربة فاشتدّ بي العطش حتّى غارت عيناى وذهب لساني ، فلما بلغ مني أتيته فسقاني ووقع علي ، فقال له عليه السلام : هذه التي قال الله تعالى دفن اضطرّ غير باغ ولا عاد^(١) هذه غير باغية ولا عادية إليه ، فخلّي سبيلها ، فقال عمر : لولا علي لهلك عمر .

ولم أقف على من تكلم في هذين الخبرين وما هما عليه من الاختلاف في البين إلا المحدث المحسن الكاشاني في الوافي ، ولا بأس بنقل كلامه بطوله ، وإن طال به زمام الكلام لجودة محصله ، قال في ذيل هذا الخبر - بعد أن أورده في أبواب الحدود في باب من أتى ما يوجب الحد لجهالة أو ضرورة - ما لفظه : والبغي الخيانة ، والظلم والعدوان التجاوز عن الحد وعن قدر الضرورة ، والمجرور في وإليه راجع إلى الفجور ، والظاهر من أمر عمر برجم المرأة بعد إقرارها بالفجور من اكتفائه بالمرة من دون سؤال عن كونها محصنة أو غير محصنة ، وليس هذا من مثله ببعيد ، ثم المستفاد من هذا الحديث جواز الزنا إذا اضطرّ الإنسان إليه بحيث يخاف على نفسه التلف ، إلا أنه ستأني هذه القصة بعينها في باب إثبات المتعة من كتاب النكاح بإسناد آخر وعبارة أخرى^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام وليس في آخر قوله عليه السلام هذه التي قال الله تعالى . . . إلى آخر الحديث ، بل قال عليه السلام : فقال أمير المؤمنين عليه السلام : تزويج ورب الكعبة ، ومفاده أنه ليس ذلك بزنا ولا فجور مضطرّ إليه بل هو نكاح حلال وتزويج صحيح ، وذلك لحصول شرايط النكاح فيه

(١) سورة البقرة - آية ١٧٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨ .

من خلوها عن الزوج وعن ولاية أحد عليها، ورضاء الطرفين ووقوع اللفظ الدال على النكاح والانتكاح فيه ، وذكر المهر وتعيينه ، فهو تزويج متعة ونكاح انقطاع ، لا يحتاج إلى الطلاق ، فإن قيل : يشترط في صحة المتعة ذكر الأجل ، قلنا : قد ثبت أنه يغني عنه ذكر المرة والمرة ، والاطلاق يقتضي المرة فيقوم مقام ذكر الأجل ، إن قيل : أنها لم تعتقد حلها وإنما زعمت أنها زنت ، قلنا : لعل الحد إنما يجب على الانسان إذا زنى دون ما إذا زعم أنه زنى ، مع أنها كانت مضطرة إلى ما فعلت ، فكل من الأمرين جاز أن يكون مسقطاً للحد عنها ، ولعل هذا هو الوجه في ورود الاعتذار عنها تارة بأنها ليست بزانية ، واخرى بأنها كانت مضطرة للزنا ، والتحقيق هو الأول ، ولعل الثاني إن صح وروده فإنما ورد على التقية والمماشاة مع عمر وأصحابه ، وعلى هذا فلا دلالة فيه على جواز الزنا مع الاضرار إليه ، إن قيل : إن القصة واحدة يستبعد وقوعها مرتين فما وجه اختلاف الفتيا فيها من مفت واحد في مجلس واحد ؟ قلنا : الاعتماد فيها إنما هو على رواية أبي عبدالله عليه السلام دون رواية غيره ، مع أن الحكم الذي في روايته عليه السلام هو الصواب في المسألة كما دريت ، وإن اريد تصحيح الاخرى أيضاً قيل : لعل أمير المؤمنين عليه السلام : خاطب القوم فيها علانية على جهة التقية بما يناسب قدر عقولهم و مبلغ ما عندهم من العلم ، و خاطب أصحابه سرّاً بما وافق الحل وبما هم أهله ، فروى الثاني عنه أولاده عليه وعليهم السلام ، والأول الأجانب ، والعلم عند الله إنتهى كلامه زيد مقامه .

أقول : أظهر في الجواب عن السؤال الثاني أن اعتقاد الحل وعدمه لا مدخل له في صحة العقد إذا وقع مستكماً لشرايط الصحة ، والعقد هنا كذلك كما اختاره ، ومن الجائز أن تكون المرأة جاهلة بحل نكاح المتعة لعدم اشتهاها يومئذ ، وأنها على مذهب عمر في تحریمها فاعتقدت كون ما وقع منها زناً يوجب الحد ، فلذا اعترفت بذلك وطلبت إقامة الحد عليها ، والامام عليه السلام أسقط الحد

عنها لصحة النكاح كما في رواية الصادق عليه السلام ، أو لمكان الضرورة كما في الرواية الاخرى ، وسقوطه لمكان الضرورة غير بعيد .

فإن جملة من الأخبار دلت على أنه ما من شيء حرمه الله إلا أباحه لمكان الضرورة ، ففي موثقة سماعة^(١) قال: قال: إذا حلف الرجل تقيّة لم يضره - إلى أن قال : - وقال : ليس شيء ممّا حرم الله إلا وقد أحله لمن اضطر إليه ، ونحوه غيره من الأخبار المؤيّدّة بالدليل العقلي أيضاً .

بقي الكلام في اختلاف الخبرين في أن سقوط الحد هل هو لكونه نكاحاً صحيحاً كما في رواية الصادق عليه السلام ^(٢) أو لمكان الضرورة وأنه كان زناً ؟ وما ذكره - رحمة الله عليه - في الجمع بين فتواه عليه السلام في هذين الخبرين جيد ، ويؤيده أنه عليه السلام خاطب بهذا الجواب الذي في هذا الخبر عمر وأصحابه ، ومذهب عمر تحريم المتعة فلم يصرح له بأن عدم الحد لصحة النكاح متعة ، وإنما صرح له بالاضطرار ، وهو صحيح كما عرفت ، فإن الضرورات تبيح المحظورات ، وأمّا خبر الصادق عليه السلام فليس فيه دلالة على مخاطبة عمر بذلك ، وغاية ما يدل عليه أنه أخبر أمير المؤمنين عليه السلام بذلك فسألها ، فلمّا أخبرته القضية قال : « تزويج ورب الكعبة » ، وليس في الخبر أنها حدث بعد ذلك أو لم تحدث ، وبلغ ذلك عمر أو لم يبلغه ، بل الخبر مجمل في ذلك ، فيجمد على إجماله ، والله العالم .

الثاني: في المحل، وفيه مسائل :

الاولى قالوا، يشترط أن تكون مسلمة أو كناية كاليهود والنصارى والمجوس على أشهر الروايتين ، ويمنعها من شرب الخمر ، وارتكاب المحرمات ، أمّا المسلمة فلا تتمتع إلا بالمسلم خاصة ، ولا يجوز بالوثنية والناصبية ، ولا تتمتع أمة وعنده حرة إلا بإذنها ، ولو فعل كان العقد باطلاً ، وكذا لا يدخل عليها بنت أخيها

(١) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٩ طبعة طهران الجديدة ، الوسائل ج ١٦ ص ١٦٥ ح ١٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨ .

ولا بنت اختها إلا مع الاذن ، ولو فعل كان المقعد باطلاً .

أقول : قد تقدم الكلام في هذه المواضع ، وكلما ثبت هناك من الجواز أو التحريم فهو يجري في هذا الموضع أيضاً من هذه المذكورات وغيرها ، فلا وجه لاعادته .

الثانية : قالوا : يستحب أن تكون مؤمنة عفيفة ، و أن يسألها عن حالها مع التهمة ، وليس ذلك شرطاً في الصحة ، وهذا الكلام يتضمن جملة من الأحكام . (منها) يستحب أن تكون مؤمنة عفيفة ، ويدل على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة^(١) في الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع قال : سأل رجل أبا الحسن الرضا عليه السلام - إلى أن قال - : فقال : لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة ، فإن الله عز وجل يقول : « الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة والزانية لا ينكحها إلا زان أو مشرك ، وحرم ذلك على المؤمنين »^(٢) وفي رواية الفقيه « إلا بمأمنة » عوض مؤمنة .

وفي حديث أبي سارة^(٣) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عنها - يعني الممتعة - قال لي : حلال ولا تتزوج إلا عفيفة ، إن الله عز وجل يقول : « الذين هم لفرجهم حافظون »^(٤) فلا تضع فرجك حيث لا تأمن على درهمك .

أقول : قد قيل في معنى هذا الخبر وجوه : (أحدها) إن من لا تأمنها على درهمك كيف تأمنها على فرجك ، فلعلها تكون في عدة غيرك فيكون وطؤك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ٣ .

(٢) سورة النور - آية ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ٢ .

(٤) سورة المؤمنون - آية ٥ .

لها بشبهة ، والاحتياط في تجنب الشبهات مطلوب .
 (الثاني) إنها إذا لم تكن عفيفة كانت فاسقة ، فهي ليست بمحل للأمانة ،
 فربما تذهب بدراهمك ولا تفي بالأجل .
 (الثالث) إنها لما لم تكن مؤمنة على الدوام فبالحري أن لا تؤمن على
 الفرج وايداع النطفة لديها فلعلها تزني وتخلط ماءك بماء غيرك .
 وفي الحديث الحسن التفليسي ^(١) قال : سألت الرضا عليه السلام أيتمتع من اليهودية
 والنصرانية ؟ قال : يتمتع من المرأة المؤمنة أحب إلي وهي أعظم حرمة منهما .
 وفي رواية محمد بن الفيز ^(٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال :
 نعم إذا كانت عارفة ، قلت : فإن لم تكن عارفة ؟ قال : فأعرض عليها وقل لها فإن
 قبلت فتزوجها ، وإن أبت أن ترضى بقولك فدعها الحديث .
 وأما ما رواه الشيخ ^(٣) عن الحسن بن علي عن بعض أصحابه يرفعه إلى أبي
 عبد الله عليه السلام قال : لا يتمتع بالمؤمنة فتذللها فقد قال الشيخ إنه يحتمل أن يكون
 المراد به إذا كانت المرأة من أهل بيت الشرف يلحق أهلها العار ويلحقها الذل
 ويكون ذلك مكروهاً ، إنتهى .
 (ومنها) إنها متى كانت غير مأمونة فالأفضل له أن يسأل عن حالها ، ويدل
 على ذلك ما رواه المشايخ الثلاثة ^(٤) - رحمه الله عليهم - عن أبي مريم في الصحيح عن
 أبي جعفر عليه السلام أنه سئل عن المتعة فقال : إن المتعة اليوم ليس كما كانت قبل اليوم

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٧ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٢ ح ٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥١ ح ٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٣ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٤٥١ ح ١ .

إنهن كن يؤمنن يؤمن واليوم لا يؤمن فاسألوا عنهن .

قال في الوافي : يؤمن إِمَّا بكسر الميم من الايمان ، بمعنى إيمانهن بحل المتعة ، وإِمَّا بفتحها من الأمانة ، بمعنى صيانة أنفسهن عن الفجور ، أو عن الإذاعة إلى المخالفين .

أقول : الظاهر هو الثاني ، وفيه إشارة إلى شيوع الزنا وكثرته يؤمنن كما تدل عليه رواية علي بن يقطين^(١) قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : نساء أهل المدينة ، قال : فواسق ، قلت : فأتزوج منهن ؟ قال : نعم ، على أن الايمان بحل المتعة والتصديق به لا معنى لترتب السؤال عليه ، فإنه يجوز التمتع بغير المؤمنة بذلك ، وظاهر الخبر هو السؤال من الغير عن حالها ، وعبارات الأصحاب تضمنت سؤالها عن أنه هل لها زوج أم لا ؟ والرواية لا تدل عليه ، وإنما تدل على ما ذكرناه .

(ومنها) إنه يصح التمتع بها بغير سؤال ، بل الأفضل ترك الفحص والسؤال فإنها مصدقة في عدم الزوج والعدة ، والأخبار بذلك متكاثرة .

فروى الكليني^(٢) في الصحيح عن ميسر قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : ألقى المرأة بالفلاة التي ليس فيها أحد ، فأقول لها : هل لك زوج ؟ فتقول : لا ، فأتزوجها ؟ قال : نعم هي المصدقة على نفسها .

وروى الصدوق^(٣) بإسناده عن يونس بن عبد الرحمن عن الرضا عليه السلام في حديث قال : قلت : المرأة تتزوج متعة فينقضي شرطها ، فتتزوج رجلاً آخر قبل أن تنقضي عدتها ، قال : وما عليك ، إنما إنتم ذلك عليها .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥ الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ١٠ ص ٤٩ ح ١٨٦ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٥ ح ٤٠ ، الوسائل ج ١٨ ص ٣٨٤ ح ٧ .

وروى في التهذيب^(١) عن فضل مولى محمد بن راشد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : إنني تزوجت امرأة متعة فوقع في نفسي أن لها زوجاً ، ففتشت عن ذلك فوجدت لها زوجاً ، قال : ولم فتشت .

وعن مهران بن محمد^(٢) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قيل له : إن فلاناً تزوج امرأة متعة ، فقيل له : إن لها زوجاً ، فسألها ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : ولم سألها .

وعن محمد بن عبد الله الأشعري^(٣) قال : قلت للرضا عليه السلام : الرجل يتزوج المرأة فيقع في قلبه أن لها زوجاً ، قال : ماعليه ، أرايت لو سألتها البيئنة ؟ كانت تجد من يشهد أن ليس لها زوج .

وفي رسالة المتعة للشيخ المفيد على ما نقله في البحار^(٤) عن أبان بن تغلب عن أبي عبد الله عليه السلام في المرأة الحسنة ترى في الطريق ، ولا يعرف أن تكون ذات بعل أو عاهرة ، فقال : ليس هذا عليك ، إنما عليك أن تصدقها في نفسها .

وعن جعفر بن محمد بن عبيد الأشعري^(٥) عن أبيه قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن تزويج المتعة وقلت : أتهمها بأن لها زوجاً ، يحل لي الدخول بها ؟ قال عليه السلام : أرايت إن سألتها البيئنة على أن ليس لها زوج ، هل تقدر على ذلك .

وظاهر هذه الأخبار كما ترى كراهية السؤال وإن كان مع التهمة ، وهو خلاف ما دل عليه صحيح أبي مريم المتقدم ، ولا يخلو ذلك من الاشكال .

الثالثة : المشهور بين الأصحاب كراهة التمتع بالزانية ، ونقل التحريم عن الصدوق في المقنعة .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٣ .

(٢) و(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٨ و ١٩ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ٤ و ٥ .

(٤) و(٥) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٠ ح ٤٩ و ٥٠ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٩ ح ١ و ٢ .

وعن ابن البرّاج أنّه لا يعقد على فاجرة إلّا إذا منعها من الفجور ، فإذا لم تمتنع من الفجور فلا يعقد عليها ، وهو ظاهر الشيخ في النهاية أيضاً^(١).
والذي دقت عليه من الأخبار في هذا المقام منها رواية محمد بن الفيض^(٢) المتقدم صدرها في المسألة الثانية ، حيث قال عليه السلام فيها : «وإياكم والكواشف والدواعي والبغايا وذوات الأزواج ، فقلت : ما الكواشف ؟ قال : اللواتي كاشفن ، ويوتهنّ معلومة ويزنين ، قلت : فالدواعي ؟ قال : اللواتي يدعون إلى أنفسهنّ» وقد عرفت بالفساد ، قلت : والبغايا ؟ قال : المعرفات بالزنا ، قلت : فذوات الأزواج قال : المطلقات على غير السنّة .

أقول : الظاهر أنّ هذه الرواية كمالاً ما تقدم من صدرها ، وما ذكرناه هنا من تمتّعها هي حجة الصدوق فيما نقل عنه ، حيث إنه قال في الكتاب المذكور : ولا يتمتع إلّا بعارفة ، فإن لم تكن عارفة فأعرض عليها فإن قبلت . . . إلى آخر الخبر كمالاً ، ثم قال : واعلم أنّ من تمتّع بزانية فهو زاني ، لأن الله يقول : «الزاني لا ينكح إلّا زانية أو مشرّكة»^(٣) ، إنتهى .

وما رواه المشايخ الثلاثة^(٤) عن محمد بن إسماعيل بن بزيع في الصحيح «قال : سألت رجلاً أبا الحسن الرضا عليه السلام وأنا أسمع عن رجل تزوج المرأة متعة و يشترط عليها على أن لا يطلب ولدها ، فتأتي بعد ذلك بولد ، فشدد في إنكار الولد ، وقال :

(١) أقول : حيث قال : فإذا أراد الرجل أن يتمتع بامرأة فلتكن دينه مأمونة ، فانه لا يجوز التمتع بزانية أو غير مأمونة . . . إلى آخره . (منه - قدس سره) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٢ ح ١٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ٣ .

(٣) سورة النور - آية ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٣ ح ١ .

أبجده إعظاماً لذلك؟ فقال الرجل: فإن إتهمها؟ فقال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مؤمنة أو مسلمة، فإن الله عز وجل يقول: الزاني لا ينكح إلا زانية أو مشركة، الحديث كما تقدم، والظاهر أن هذا الخبر مستند الصدوق فيما ذكره، من تمتع عبارته السابقة بحمل لفظ «لا ينبغي لك» على التحريم كما هو شائع ذائع في الأخبار. وما رواه الشيخ^(١) عن زرارة «قال: سأله عمار وأنا عنده عن الرجل يتزوج الفاجرة متعة، قال: لا بأس، وإن كان التزويج الآخر فليحسن بابه»، وفيه دلالة على جواز التمتع بها وإن كان يعلم أنها تزني بخلاف الزوجة الدائمة، فإنه شرط عليه أن يمنعها عن الفجور.

وعن علي بن يقطين^(٢) «قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: نساء أهل المدينة، الخبر وقد تقدم قريباً.

وعن إسحاق بن جرير^(٣) «قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: إن عندنا بالكوفة امرأة معروفة بالفجور، هل يحل لي أن أتزوجها متعة؟ فقال: رفعت راية؟ قلت: لا، لورفعت راية لأخذها السلطان، قال: نعم تزوجها متعة، قال: ثم أصفى إلى بعض مواليه فأسر إليه شيئاً، فلقبت مولاه فقلت له: ما قال لك؟ فقال: إنما قال: ولو رفعت راية ما كان عليه في تزويجها شيء، إنما يخرجها من حرام إلى حلال».

ومنها ما رواه في الكافي^(٤) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن أبي يعفور رفعه عن أبي عبد الله عليه السلام «قال: سألت عن المرأة ولا أدري ما حالها أيتزوجها الرجل متعة؟ قال يتعزض لها فإن أجابته إلى الفجور فلا يفعل، ويمكن أن تكون هذه الرواية دليلاً لابن البراء فيما تقدم نقله عنه.

(١) (٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٣ ح ١٥ و ١٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٤ ح ١ وص ٤٥٥ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٥ ح ١٥٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٣ ح ٨ ب ٢.

وعن يونس عن بعض رجاله^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يتزوج المرأة متعة أيتاماً معلومة ، فنجيته في بعض أيتامها فتقول إني قد بغيت قبل مجيئي إليك ساعة أو يوم ، هل له أن يطأها ، وقد أقرت له ببيغها ؟ قال : لا ينبغي له أن يطأها .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي «و روي لا تمتع بلصة ولا مشهورة بالفجور ، وادع المرأة قبل المتعة إلى ما لا يحل ، فإن أجابت فلا تمتع بها» .
ومن الأخبار المنقولة في كتاب البحار عن رسالة الشيخ المفيد المتقدم ذكرها ما رواه عن محمد بن فضيل^(٢) عن أبي الحسن عليه السلام «في المرأة الفاجرة هل يجوز للرجل أن يتمتع بها يوماً أو أكثر ؟ قال : إذا كانت مشهورة بالزنا فلا يتمتع بها ولا ينكحها» .

وعن ابن جرير^(٣) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة تزني أيتمتع بها ؟ قال : أرايت ذلك ؟ قلت : لا ، ولكنها ترمي به ، قال : نعم يتمتع بها ، على أنك تغادر وتغلق بابك» .

وعن الحسن^(٤) عن الصادق عليه السلام «في المرأة الفاجرة هل يحل تزويجها ؟ قال : نعم إذا هو اجتنبها حتى تنقضي عدتها باستبراء رجها من ماء الفجور فله أن يتزوجها بعد أن يقف على توبتها» .

وروي في كتاب كشف الغمة^(٥) عن كتاب دلائل الحميري عن الحسن بن ظريف قال : كتبت إلى أبي محمد عليه السلام وقد تركت التمتع ثلاثين سنة ، وقد نشطت

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٢ ب ٣٨ ح ١ .

(٢) والبحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٠ وفيه «عن محمد بن فضيل» وح ٤١ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ٧ ح ١ وب ٨ ح ١ .

(٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠٩ ح ٤٢ ، مستدرک الوسائل ج ٣ ص ٢٣ ب ٣٩ ح ٣ .

(٥) كشف الغمة ج ٢ ص ٤٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٥ ح ٤ .

لذلك ، وكان في الحي امرأة وصفت لي بالجمال فمال إليها قلبي ، وكانت عاهراً
لا تمنع يد لأمس فكرهتها ، ثم قلت : قد قال الأئمة : تمتع بالفاجرة فإنك
تخرجها من حرام إلى حلال ، فكتبت إلى أبي محمد عليه السلام أشاره في المتعة ، وقلت :
أيجوز بعد هذه السنين أن أتمتع ، فكتب : إنما تحيي سنة وتميت بدعة ، ولا
بأس ، وإيّاك وجارتك المعروفة بالمهر وإن حدثتك نفسك ، إن آبائي قالوا :
تمتع بالفاجرة فإنك تخرجها من حرام إلى حلال ، فهذه امرأة معروفة بالهتك ،
وهي جارتك ، وأخاف عليك استفاضة الخبر . فتركتها ولم أتمتع بها ، وتمتعها
شاذان بن سعيد ، رجل من إخواننا وجيراننا ، فاشتهر بها حتى علا أمره وصار
إلى السلطان وغرم بسبها مالا نفيساً ، وأعاذني الله من ذلك بيركة سيدي .

أقول : هذا ما حضرني من أخبار المسألة ، وهي كما ترى ما بين ما يدل على
الجواز كما هو المشهور ، وما يدل على التحريم كما هو مذهب الصدوق ، والأصحاب
حملوا ما دل على المنع على الكراهة ، جمعاً بين الأخبار .

وأما على القول بالتحريم فاللزام طرح ما دل على الجواز ، وهو مشكل ،
وبعض ما دل على الجواز وإن أمكن تقييده بما يرجع إلى القول بالتحريم ، كأن
يقيد بمنعها من الفجور ، المكنى عنه بأن يغلّق بابه ، أو بظهور التوبة ، كما دلّت
عليه جملة من هذه الأخبار ، إلا أن بعضاً آخر كصحبة زرارة ، ورواية إسحاق
ابن جرير ، ورواية علي بن يقطين ، ورواية كشف الغمّة ظاهر في الجواز مع عدم
القيدين المذكورين ، ولا يحضرني الآن مذهب العامة في المسألة فلعل أخباراً أحد
الطرفين إنما خرج مخرج التقيّة .

وبالجملة فإن المسألة غير خالية من شوب الاشكال ، فإن جملة من أخبار
المنع صريح في التحريم ، والله العالم .

الرابعة : قد صرح جملة من الأصحاب بأنه يكره التمتع بيكرليس لها أب
فإن فعل فلا يقتضئها وليس محرماً .

أقول : الكلام هنا يقع في موضعين : (أحدهما) البكر التي لها أب ، هل يجوز التمتع بها دون الأب أم لا ؟ وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسألة ، في مسائل المقصد الثاني في الأولياء للعقد من الفصل الأول .

(الثاني) في البكر التي لا أب لها ، ولم نقف فيها على نص " بخصوص ما قالوه وإنما نصوص المسألة ما بين مطلق وما بين مصرح بوجود الأب .

والظاهر أن الأصحاب إنما استندوا فيما ذكره إلى الإطلاق ، ومن ذلك ما رواه في الكافي^(١) عن زياد بن أبي الحلال في الصحيح قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : لا بأس بأن يتمتع بالبكر ما لم يفض إليها ، مخافة كراهية العيب على أهلها . وما رواه المشايخ الثلاثة^(٢) نورا لله مرادهم - عن حفص بن البختري في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال في الرجل يتزوج البكر متعة ، قال : يكره للعيب على أهلها . وما رواه في الكافي^(٣) عن محمد بن أبي حمزة عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في البكر يتزوجها الرجل متعة ؟ قال : لا بأس ما لم يقتضها .

وعن جميل بن دراج^(٤) في الصحيح أو الحسن قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتمتع من الجارية البكر ، قال : لا بأس بذلك ما لم يستصغرها .

أقول : الظاهر أن المعنى في قوله « ما لم يستصغرها » أي : يعدها صغيرة لم تكمل التسع ، فإنه لا يصح العقد عليها إلا من الولي ، وقيل : إن معناه ما لم يقتضها ، لأنه موجب لصغارها وذلك عند أهلها ، والأول أظهر .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٧ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٥٥ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٩ ح ١٠ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٢ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١ .

وما رواه في الفقيه^(١) عن ابن أسباط عن محمد بن عذافر عن ذكره عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن التمتع بالأبكار ، فقال : هل جعل ذلك إلا لهن ، فليسترن به وليستعففن .

ومن كتاب الحسين بن سعيد على ما نقله في كتاب البحار^(٢) بسنده فيه عن أبي بكر الحضرمي قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : يا أبا بكر ، إنا كم والأبكار أن تزوجوهن متعة .

وعن عبد الملك بن عمرو^(٣) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال : إن أمرها شديد ، فاتقوا الأبكار ، وإطلاق هذه الأخبار شامل لذات الأب وغيرها ، خرجت منها ذات الأب باختلاف الأخبار فيها بجواز تمتعها بدون إذن الأب وعدمه كما تقدم الكلام فيه ، وبقيت غير ذات الأب على مقتضى ما دلّت عليه هذه الأخبار والمستفاد منها بعد ضم بعضها إلى بعض هو كراهة التمتع بها ، وأشد كراهة الإفضاء إليها بعد التمتع بها ، وهو فتوى الأصحاب كما عرفت ، والله العالم .

الخامسة : قالوا : إذا أسلم المشرک وعنده كتابیۃ بالعقد المنقطع كان عقدها ثابتاً ، وكذا لو كن أكثر ، ولو سبقت بالإسلام وقف على انقضاء العدة إن كان دخل بها ، فإن انقضت ولم يسلم بطل العقد ، وإن لحق بها قبل العدة فهو أحق بهما مادام أجله باقياً ، وعلمت هذه الأحكام بأنه لما كان عقد المتعة صحيحاً عندنا ، فإذا أسلم المشرک على منكوحة يجوز استدامة نكاحها كالكتابیۃ أقر عليه كما يقر على الدوام ، وكذا لو كن أكثر من واحدة لما سلف من أنه لا تنحصر شرعاً في عدد . ولو انعكس الفرض بأن أسلمت هي دونة توقف فسخ النكاح على العدة ، لأن نكاح المسلمة لا يصح لكافر مطلقاً ، فإن انقضت العدة أو المدة التي جعلها أجلاً للمتعة

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٤ .

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٦ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١٣ .

(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٨ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٠ ح ١٤ .

ولم يسلم تبين انفساخ النكاح في حين الاسلام ، أما مع انقضاء العدة فلا نفاخ النكاح حينئذ ، وأما مع انتهاء المدة فلاقتضائه البينونة ، وإن أسلم في العدة وقد بقي من المدة شيء فهو أملك بها مادامت المدة باقية ، وعلى التقديرين يثبت المسمى لاستقراره بالدخول لأنه المفروض ، فلو كان الاسلام قبل الدخول ، فإن كان منه فالحكم بحاله ، وإن كان منها انفسخ النكاح ولا مهر كما مر ، لأن الفسخ من قبلها هذا كله إذا كانت المرأة كتابية ، فلو كانت غير كتابية فأسلم أحدهما بعد الدخول وقف الفسخ على انقضاء العدة و تبين منه بانقضاء الأجل أو خروج العدة ، فأيتهما حصل بعد الاسلام انفسخ به النكاح .

والوجه في ذلك أنه لما لم يجز نكاح غير الكتابية للمسلم دوماً ومتمعة ابتداءً واستدامةً ، وامتنع نكاح الكافرو وإن كان كتابياً للمسلم ابتداءً واستدامةً ، وجب فيما إذا كانت الزوجة غير كتابية - أعم من أن تكون وثنية أو غيرها من فرق الكفر - الحكم بانفساخ النكاح إن كان قبل الدخول مطلقاً ، و توقفه على انقضاء العدة أو المدة إن كان بعده ، فأيتهما حصل حكم بانفساخ النكاح أو انتهائه ، ويثبت المسمى مع الدخول وبدونه إن كان المسلم الزوج كما مر ، هكذا حققه شيخنا - رحمه الله - في المسالك ، والله العالم .

الثالث : في الأجل ، أجمع الأصحاب على أن ذكر الأجل شرط في صحة نكاح المتعة ، فلو لم يذكره انعقد دائماً ، قالوا : ولا يتقدر في القلة والكثرة بقدر ، بل بما تراضيا عليه ، وإن بلغ في حد الكثرة إلى ما يقضي العادة بعدم بلوغه إليه وفي جانب القلة إلى حد لا يمكن الجماع فيه ، لأن غاية العقد لا ينحصر في ذلك .

ونقل عن ابن حمزة أنه قدر الأجل بما بين طلوع الشمس ونصف النهار ، قيل ولعله أراد التمثيل لا الحصر .

قالوا : ولا بد أن يكون محروساً من الزيادة والنقصان كغيره من الأجل . والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من الأخبار في هذا المقام ، ثم الكلام فيها

بتوفيق الملك العلّام ، و بيان ما يستفاد منها من الأحكام .

الأول : مارواه في الكافي والتهذيب^(١) عن زرارة في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا تكون متعة إلا بأمرين أجل مسمى وأجر مسمى .

الثاني : مارواه في التهذيب^(٢) عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال : مهر معلوم إلى أجل معلوم .

الثالث : مارواه في الكافي والتهذيب^(٣) في الموثق عن أبي بصير قال : لا بد من أن تقول فيه هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً ، نكاحاً غير سفاح على كتاب الله عز وجل وسنة نبيه ﷺ وعلى أن لا ترثيني ولا أدرك ، وعلى أن تعتدي خمسة وأربعين يوماً ، وقال بعضهم : حيفة .

أقول : الظاهر أنه لما كانت المتعة غير معهودة في تلك الأزمان فربما توهمت المرأة الزنا ، فأمر داود عليه السلام بذكر هذه الشروط المذكورة التي لا مدخل لها في صحتها دفعاً لتوهم الدوام وتوهم الزنا ، ولهذا لم يقل أحد من أصحابنا باشتراط ما ذكر في هذا الخبر ونحوه في صحة العقد كما يظهر من هذا الخبر ونحوه ، وقوله في آخر الخبر «وقال بعضهم» الظاهر أنه من كلام أبي بصير ، ويحتمل أن يكون من من بعض الرواة ، والضمير البارز الظاهر رجوعه إلى الأئمة عليهم السلام ، واحتمال الرجوع إلى بعض الرواة الظاهر بعده .

الرابع : عن أبان بن تغلب^(٤) قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : كيف

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٥ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٥ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤ .

وفيها اختلاف يسير مع ما نقله صاحب الحقائق - رحمه الله - .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١ .

أقول لها إذا خلوت بها؟ قال: تقول أتزوجك متعة على كتاب الله و سنة نبيه ﷺ ، لا وارثة ولا مورثة كذا وكذا يوماً ، وإن شئت كذا وكذا سنة ، بكذا وكذا درهماً ، وتسمي من الأجر ما تراضيتما عليه قليلاً كان أم كثيراً ، فإذا قالت نعم فقد رضيت ، فهي امرأتك وأنت أولى الناس بها ، قلت : فإنني أستحي أن أذكر شرط الأيَّام ، قال : هو أضر عليك ، قلت : وكيف ؟ قال : إنك إن لم تشترط كان تزويج مقام ، ولزمتك النفقة في العدة وكانت وارثة ولم تقدر على أن تطلقها إلا طلاق السنة .

الخامس : مارواه في الكافي^(١) عن ثعلبة قال : تقول : أتزوجك متعة على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ نكاحاً غير سفاح ، وعلى أن لا يرثيني ولا أرثك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً ، وعلى أن عليك العدة .

السادس : عن هشام بن سالم^(٢) قال : قلت : كيف يتزوج المتعة ؟ قال : تقول يا أمة الله أتزوجك كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً ، فإذا مضت تلك الأيَّام كان طلاقها في شرطها ، ولأعدة لها عليك .

السابع : مارواه في التهذيب^(٣) عن محمد بن إسماعيل عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : قلت له : الرجل يتزوج متعة سنة أو أقل أو أكثر ؟ قال : إذا كان شيئاً معلوماً إلى أجل معلوم ، قال : قلت : وتبين بغير طلاق ؟ قال : نعم .

الثامن : مارواه أيضاً عن زرارة^(٤) في الموثق قال : قلت له : هل يجوز أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ب ٢٥ .

ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٩ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٦ ح ٧٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٢ .

يتمتع الرجل من المرأة ساعة أو ساعتين؟ فقال: الساعة والساعتان لا يوقف على حدهما، ولكن العرد والعردتين واليوم واليومين، واللييلة وأشباه ذلك. التاسع: ما رواه في الكافي^(١) عن خلف بن حماد قال: أرسلت إلى أبي الحسن عليه السلام: كم أدنى أجل المتعة، هل يجوز أن يتمتع الرجل بشرط مرة واحدة؟ قال: نعم.

العاشر: ما رواه أيضاً عن القاسم بن محمد^(٢) عن رجل سمّاه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة على عرد واحد، فقال: لا بأس، ولكن إذا فرغ فليحوّل وجهه ولا ينظر.

الحادي عشر: ما رواه في التهذيب^(٣) عن هشام قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: أتزوج المرأة متعة مرة مبهمّة؟ قال: فقال: ذلك أشدّ عليك، نثرها وترثك، ولا يجوز لك أن تطلقها إلا على طهر وشاهدين، قلت: أصلحك الله فكيف أتزوجها؟ قال: أيّاماً معدودة بشيء مسمى مقدار ما تراضيتا به، فإذا مضت أيّامها كان طلاقها في شرطها، ولا نفقة ولا عدة لها عليك، قلت: ما أقول لها؟ قال: تقول لها: أتزوجك على كتاب الله وسنة نبيه، والله وليي ووليّك كذا وكذا شهراً بكذا وكذا درهماً، على أن الله لي عليك كفيلاً لتفني لي ولا أقسم لك، ولا أطلب ولدك ولا عدة لك عليّ، فإذا مضى شرطك فلا تتزوجني حتى يمضي لك خمس وأربعون ليلة، وإن حدث بك ولد فأعلميني.

الثاني عشر: وما رواه المشايخ الثلاثة^(٤) - رحمة الله عليهم - عن بكار بن كردم

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٤ الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٩ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٦، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٧،

الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١.

«قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يلقي المرأة فيقول لها: زوجيني نفسك شهراً، ولا يسمي الشهر بعينه ، ثم يمضي فيلقاها بعد سنين، قال: فقال : له شهره إن كان سمّاه، وإن لم يكن سمّي فلا سبيل له عليها» .

الثالث عشر: ما رواه في الكافي^(١) عن ابن أبي عمير، عن عبد الله بن بكير في الموثق في حديث «إن سمّي الأجل فهو متعة ، وإن لم يسمّ الأجل فهو نكاح بات» . أقول : هذه جملة ما دقت عليه من الروايات المتعلقة بالأجل ، والكلام فيها يقع في مواضع :

الاول : قد اتفقت هذه الأخبار في الدلالة على صحة ما ذكره الأصحاب من اشتراط الأجل في صحة عقد المتعة ، وقضية ذلك بطلان العقد لو خلا منه، كما هو ظاهر جملة من الأصحاب و مذهب العلامة و والده و ولده و جمع من الأصحاب منهم شيخنا في المسالك و سبطه السيد السند في شرح النافع . وقيل بأنه ينقلب العقد دائماً وهو المشهور وعليه يدل الخبر الرابع والخبر الثالث عشر .

وقيل - وهو اختيار ابن إدريس - : إنه إن كان الإيجاب بلفظ التزويج أو النكاح انقلب دائماً ، وإن كان بلفظ التمتع بطل العقد . إحتج من قال بالأول ، أما على البطلان فبأنه لم ينعقد متعة لفوات الشرط الذي هو ذكر الأجل ، وهو موضع وفاق ، وأما على عدم انعقاده دائماً ، فإن الدوام غير مقصود بل المقصود خلافة ، والعقود تابعة للمقصود ، وبالجمله فأنه مع الحكم بكونه يكون دائماً يلزم أن ما وقع غير مقصود ، وما قصد غير واقع . أقول : وهذا التعليل ربما يترأى صحته في بادي النظر ، إلا أنك بالرجوع إلى الأخبار وتتبعها في جملة مواضع يظهر لك فساد ، ومن ذلك الروايتان المذكورتان

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩

هنا، فإنّهما صريحتان في أنّه ينقلب دائماً ، ونحوهما أيضاً الرواية الحادية عشر، ومن ذلك ما تقدم في غير مقام من دلالة جملة من الأخبار على صحة العقد المشتمل على الشرط الفاسد ، وبطلان الشرط خاصة مع أنّ القصد إنّما تعلق بالجميع ، فما وقع غير مقصود ، وما قصد غير واقع ، وبذلك يظهر منع تبعيّة العقد للقصد على إطلاقه ، ويؤيّد ما ذكره من الإجماع على أن عقد النكاح - إذا تضمن شروطاً فاسدة - صحيح مع بطلان الشروط المقصودة ، ذكر ذلك السيد السند في شرح النافع ، وما أجاب به عنه حيث إنّه ممّن يختار هذا القول غير موجّه . وبالجملة فإنّ الاعتماد على هذا التعليل في تأسيس الأحكام الشرعيّة في مقابلة هذه النصوص الواضحة الجليّة لا يخرج عن مقابلة النصوص بالاجتهاد ، وفيه خروج عن نهج السداد وطريق الرشاد .

وممّا ذكرناه علم حجة القول الثاني ، إلّا أنّه في المسالك نقل الاحتجاج للقول المذكور قال : لأنّ لفظ الإيجاب صالح لكلّ منهما ، وإنّما يتمحّص للمتعة بذكر الأجل وللدوام بعدمه ، فإذا اتفق الأول ثبت الثاني ، ولأنّ الأصل في العقد الصحة ، والفساد على خلاف الأصل ، ولموثقة عبد الله بن بكير ، ثمّ نقل الخبر الثالث عشر ، ثمّ قال : وفيه نظر ، لأنّ المقصود إنّما هو المتعة كما هو الفرض ، والأجل شرط فيها ، وفوات الشرط يستلزم فوات المشروط ، وصلاحيّة العبارة غير كافٍ مع كون المقصود خلاف ما يصلح له اللفظ ، والمعتبر إتفاق اللفظ والقصد على معنى واحد ، وهو غير حاصل هنا ، لأنّ المقصود هو المتعة ، والمطابق للفظ هو الدائم ، وذلك يقتضي البطلان لفوات شرط المقصود وقصد الملفوظ ، والأصل إنّما يكون حجة مع عدم الناقل ، وهو موجود ، والخبر - مع قطع النظر عن سنده - ليس فيه دلالة على أنّ من قصد المتعة ولم يذكر الأجل يكون دائماً ، بل إنّما دلّ على أنّ الدوام لا يذكر فيه الأجل وهو كذلك ، لكنّه غير المدعى ، وحينئذٍ فالقول بالبطلان مطلقاً أقوى ، وإنّتهى .

أقول : قد عرفت في غير موضع مما تقدم أن الاعتماد عندنا في تأسيس الأحكام الشرعية إنما هو على الأدلة المعصومية دون التخريجات العقلية ، وقد عرفت أن هذا التعليل الذي بنى عليه وإن كان مما يتسارع إلى الفهم قبوله ، إلا أن الأخبار ترده كما عرفت ، وحينئذ فمن الجائز أن يقال في الجواب عما ذكره أولاً إنه لما كان لفظ الإيجاب صالحاً لكل منهما ، وامتنع حمله على المتعة وإن كانت هي المقصودة ، للاخلال بشرطها وهو ذكر الأجل ، إلا أنه لا مانع من حيث صلاحية اللفظ الدائم أن يحمل عليه ، وينقلب العقد إليه وأن لم يكن مقصوداً وهو يرجع إلى بطلان ما ادعوه من اشتراط الصحة بالقصد هذا .

وأما جوابه عن الخبر بعدم الدلالة ، وأن المعنى فيه ما ذكره فهو بعيد ، إذ لا يخفى على المتأمل أن الخبر ظاهر في أن المدار في الفرق بين كون العقد دائماً أو منقطعاً إنما هو على تسمية الأجل في العقد وعدمها ، وفيه إشعار بأن القصد لا اعتبار به ، وإنما الاعتبار بذكر الأجل وعدمه ، فإن ذكر الأجل كان منقطعاً وإن قصد الدائم ، وإن لم يذكره فهو دائم وإن قصد المنقطع ، هذا ظاهره ، وإن كان على خلاف مقتضى قاعدته التي بنى عليها ، وضابطته التي استند إليها ، وأظهر منه خبر أبان بن تغلب ، وهو الخبر الرابع ، فإنه صريح الدلالة ، وهو الذي استدل به غيره ، إلا أنه لم ينقله في المقام ، ومثلها كما عرفت الخبر الحادي عشر ، فإنه ظاهر في عدم انعقاد العقد متعة إذا جعل الأجل مرة مبهمه ، ومقتضاه على ما يدعيه أن يكون العقد باطلاً مع أنه لم يحكم بالإبطال فيه بالبطلان ، وإنما حكم بانقلابه دائماً فيكون من قبيل الخبرين الأولين ، وهو ظاهر الدلالة في خلاف ما زعمه .

نعم ، له الطعن في هذه الأخبار بضعف السند ، إلا أنه عندنا وعند متقدمي أصحابنا غير مسموع ولا معتمد ، ومن العجيب أن سبطه في شرح النافع بعد أن ذكر الراديتين أجاب عنهما بما أجاب جده عن موثقة ابن بكير من أنه لا دلالة

ففيهما على أنه إذا قصد المتعة ولم يذكّر الشرط ينقصد دائماً ، وإنما المستفاد منهما أن الدوام لا يذكّر فيه الأجل ، وهو عجيب من مثل هذا الفعل المشهور ، فإنه لا يخفى على أدنى ناظر في خبر أبان أن سياق الخبر يناهض بأفصح لسان ، ويصرح بأوضح بيان ، بأنه في صورة عقد المتعة المشتعل على شروطها المتكررة في الأخبار لو أخلّ بذكر هذا الشرط من بينها لمكان الاستحياء انقلب عقده دائماً ، وإن اشتمل على تلك الشروط الآخر ، فكيف يتم له دعوى أنه لم يقصد المتعة ، وسياق الخبر كما ترى ونحوها فيما ذكرناه أيضاً الخبر الحادي عشر بالتقريب المتقدم .

وبالجملة فإن جوابهم عن هذه الأخبار لتشييد قاعدتهم التي بنوا عليها وضابطتهم التي استندوا إليها محض مجازفة لا تشفي العليل ولا تبرد الغليل ، على أنك قد عرفت انتقاض هذه القاعدة وبطلان ما يترتب عليها من الفائدة بما دلت عليه الأخبار الدالة على صحة العقود المشتعلة على الشروط الفاسدة ، مع بطلان الشروط .

وأما ما ذهب إليه ابن إدريس من التفصيل المتقدم ، فإنه علّله بأن اللفظين الأولين صالحان لهما بخلاف الثالث ، فإنه يختص بالمتعة ، فإذا شرطها بطل . وأورد عليه بأن بطلان عقد المتعة كما حصل بفوات شرطه وهو الأجل ، فكذلك الدوام بطل بفوات شرطه ، وهو القصد إليه ، وهو الركن الأعظم في صحة العقود ، وهو جيد لو تمّ ما ذكره من شرطية القصد في صحة العقد كلياً .

ونقل هنا أيضاً قول رابع وهو التفصيل بأنه إن وقع الإخلال بالأجل على وجه النسيان أو الجهل بطل ، وإن وقع عمداً انقلب دائماً .

وفيه أنه لا دليل على هذا التفصيل العليل ، قال في المسالك بعد نقل هذا القول : وقد ظهر ضعفه ممّا تقدم ، فإنه مع التعمّد وقصد المتعة يكون قد أخلّ بركن من أركان عقدها عمداً ، ولم يقصد غيرها ، ثم قال : وبالجملة فالأصل في القول بالصحة والانقلاب دائماً هو الرواية السابقة على أي وجه اعتبر ، وقد عرفت قصورها

عن تأسيس مثل هذا الحكم المخالف للأصل متناً وسنداً، إنتهى .
أقول ، وقد عرفت أن الدال على هذا الحكم الروايات الثلاث المتقدمة ،
وأن ضعف السند غير مرضي عندنا ولا معتمد .
وأما الدلالة فقد أوضحناها بأوضح إيضاح فلا قصور فيها ولا حرج في القول
بها ولا جناح ، والله العالم .

فرع

لو اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع العقد فادعى أحدهما أنه متعة
وادعى الآخر الدوام ، فإن قلنا بأن إهمال الأجل مطلقاً يقتضي الدوام كان القول
قول مدعي الدوام ، لأن الآخر يدعي الزيادة وهي الأجل ، والقول قول منكرها ،
وإن قلنا أن الإهمال يقتضي الإبطال مالم يقصد الدوام كما هو القول الآخر فالوجه
أنهما يتحالفان ، وينفسخ النكاح ، لأن كلا منهما مدعي ومنكر ، والقول قول
المنكر يمينه ، ولو اشتبه الحال لموت ونحوه لم يحكم بالتوارث ونحوه إلا مع
ثبوت الدوام ، كذا صرح به السيد السند في شرح النافع .

وفيه أن تفريع المسألة المذكورة على الخلاف المتقدم هنا لا يخلو من الاشكال
فإن القائل بالإبطال في صورة إهمال الأجل إنما هو فيما إذا كان القصد إلى
المتعة وأهمل الأجل كما تقدم ، والظاهر من أصل المسألة المفروضة أنهما متفقان
على وقوع عقد نكاح في الجملة ، ولكن أحدهما يدعي أنه عقد نكاح منقطع مستكمل
لجميع شرائط المنقطع ، والآخر يدعي أنه عقد نكاح دائم مستكمل لجميع شرائط
الدائم ، ومتى كان الفرض كذلك فإنه لا تعلق له بهذه المسألة المذكورة ولا تفرع
له عليها بوجه .

والذي يقتضيه النظر في قواعدهم في أمثال هذا المقام هو القول بالتحالف
وانفساخ النكاح ، لأن ضابطة التحالف هو أن يدعي كل منهما على صاحبه ما ينبغي

الآخر بحيث لا يتفقان على أمر ، وهو هنا كذلك ، فإن "كلّا" من العقدين مغاير للآخر في الأحكام وما يترتب عليه في المقام ، فإذا ادعى أحدهما الدوام والآخر المتعة ، فكل منهما يدعي ما ينفيه صاحبه ، كما إذا ادعى أنه باعه هذا الثوب ، فقال الآخر إنما بعنتي هذا الثوب إهارة إلى ثوب آخر ، فإن "الحكم التحالف ، وأما ترتب ذلك على المسألة المتقدمة والخلاف فيها كما ذكره - قدس سره - وقبله العلامة في المختلف أيضاً فلا عرف له وجهاً .

قال في المختلف : قال ابن البراج : إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على العقد ، فادعى أحدهما أنه متعة ، كان على مدعي المتعة البيّنة وعلى المنكر اليمين ، لأن "الزوج إن ادعى المتعة كان مدعياً لما يسقط عنه حقوقاً من نفقة و ميراث وغير ذلك ، وإن ادعت المرأة ذلك كانت مدعية لما تملك نفسها معه بغير طلاق وما أشبهه ، والمعتمد أن نقول إن كان إهمال الأجل يقتضي الدوام ، فالقول قول مدعي الدوام لأن الآخر يدعي زيادة ، فالقول قول من ينكرها وإن كان الإهمال يقتضي الإبطال - كما اخترناه نحن - فالوجه أنهما يتحالفان ويفسخ النكاح ، لأن "كلّا" منهما مدّعي ، فالقول قول المنكر يمينه . إنتهى ، وأنت خير بما في كل من القولين بعد التأمل فيما قدمناه ، والله العالم .

الثاني من المواضع المتقدم ذكرها : قد عرفت أنه لا بد من اعتبار ضبط الأجل على وجه يكون محروساً من احتمال الزيادة والنقصان كقدوم المسافر وإدراك الثمرة كغيره من الآجال ، ويشير إليه ما تقدم في بعض الأخبار المتقدمة إلى أجل معلوم ، وقوله في الخبر الثامن "الساعة والساعتان لا يوقف على حدهما ، فإن الجميع ظاهر في أنه لا بد أن يكون الأجل محدوداً ، وكذا لا تقدر له في جانب القلّة والكثرة ، فلو قدره بوقت لا يعيش إليه لم يضر " ، لأن الموت قبله غير قادح في صحته شرعاً ، وكذا في جانب القلّة بما لا يمكن فيه الجماع لم يقدر في صحته لأنه لا ينحصر صحته في الجماع .

قال في المسالك : ولا يشترط أن يكون بقدر يمكن فيه الجماع ، لأنه غير

معتبر فيه ، وإنما هو بعض ما يترتب عليه ، فلو جعلاه لحظة واحدة مضبوطة صح^١ و يترتب عليه حكم العقد من إباحة النظر ، وتحريم المصاهرة كالام^٢ ونحو ذلك مما يترتب على صحة العقد وإن كان المقصود ذلك ، لأنه أحد الأغراض المقصودة من النكاح بالعقد إذ لا يعتبر في العقد قصد جميعها ولا أهمتها في صحته ، ولا فرق في ذلك بين كون الزوجة في محل الاستمتاع وعدمه . إنتهى ، وهو جيد . وفيه رد^٣ على ما زعمه بعض الأفاضل المعاصرين من بطلان العقد لو وقع لمجرد التحليل وجواز النظر إلى ابنة المعقودة أو أمها ونحو ذلك ، وقد بسطنا الكلام معه في ذلك في كتابنا الدرر النجفة .

وكذا قوله «في محل الاستمتاع وعدمه» فيه رد^٤ على المحقق الشيخ علي - رحمه الله - كما ذكرناه ثمة ، ويجوز جعل المدة بعض يوم إذا كان مضبوطاً إما بغاية معرفة كالزوال وغروب الشمس أو بمقدار معين كنصف يوم ، ثم إن اتفق معرفتهما ذلك عملاً بما علماه ، وإلا رجعا فيه إلى أهل الخبرة العارفين بذلك وظاهرهم اشتراط العدالة في المخبر ، وهل يشترط التعدد كالشهادة أو لا ، فيكون من باب الخبر؟ وجهان ، قالوا: ولا يشترط ذكر وقت الابتداء ولا العلم به ، حيث جعلناه إلى الزوال أو الغروب ونحو ذلك بل أوله وقت العقد كيفما اتفق .

الثالث : المشهور في كلام الأصحاب^(١) أنه يجوز أن يعين شهراً متصلاً بالعقد ومتأخراً عنه ، ولو أطلق اقتضى الاتصال ، وقيل بعدم جواز الانفصال ، واختاره السيد السند في شرح النافع حيث قال في الكتاب المذكور : وهل يعتبر في المدة الاتصال أم يجوز جعلها منفصلة عن العقد ؟ قولان ، أظهرهما الأول ، لأن^٢

(١) أقول : من فروع المسألة ما لو كانت المرأة ذات بعل مدة معينة وأراد الغير تزويجها شهراً معيناً

بعد انقضاء أجل الزوج الأول وعدتها منه فإنه يصح النكاح بمقتضى ظاهر الخبر ، وكذا لو لم تكن ذات بعل وقت العقد ، وأرادت التزويج في المدة التي بين وقت العقد وبين الشهر المعين بحيث تتم عدتها وأجلها قبل ذلك الشهر ، فإنه يجوز بمقتضى ظاهر الخبر أيضاً . (منه - قدس سره -) .

الوظائف الشرعية إنما تثبت بالتوقيف ، ولم ينقل تجويز ذلك ، وإنما المنقول ما تضمن اتصال المدة بالعقد ، فيجب القول بنفي ماعدها إلى أن يثبت دليل الجواز . وقيل بالثاني لوجود المقتضي وهو العقد المشتمل على الأجل المضبوط وهو ضعيف . إنتهى ، وهو جيد لولا ورود الخبر الثاني عشر^(١) فإنه صريح في أنه متى سمي شهراً وعليه - وإن كان بعد مضي سنين بين العقد وذلك الشهر - فإن له شهراً وبه استدل أصحاب القائلون بالجواز ، إلا أن له أن يردده بضعف السند بناءً على تصلبه في العمل بهذا الاصطلاح المحدث ، والظاهر أنه لم يقف على الخبر وإلا لأشار إليه وأجاب عنه .

والخلاف في هذا المقام وقع في موضعين :

أحدهما : ما ذكرناه من جواز الانفصال وعدمه ، وقد عرفت دلالة الرواية على الجواز ، إلا أنه قد قيل في وجه القول بالبطلان أيضاً زيادة على ما ذكره السيد السند في شرح النافع حيث قال : إن صحة العقد توجب ترتب أثره ، وأثره هنا هو تحقق الزوجية ، وذلك يمتنع مع تأخر الأجل فيكون فاسداً ، لأننا لا نعني بالفاسد إلا ما لا يترتب أثره عليه ، ولأنه لو صح العقد كذلك لزم كونها زوجة للعائد ، وخليّة من الزوج في المدة ، فيلزم جواز تزويجها لغيره خصوصاً على تقدير وفاء المدة بالأجل والعدة ، والرواية المذكورة وإن دلت بإطلاقها على الجواز لكنها ضعيفة السند مجهولة الراوي فلا تصلح للدلالة .

وأجاب في المسالك عن ذلك فقال : ويمكن الجواب بأن الأثر مترتب على العقد ، ومن ثم حكمنا بالزوجية في المدة ، فلو كان غير مترتب لما صح في ذلك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٧ ح ٧٥ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٢٧ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٠ ح ١ .

الوقت وتخلّفه عن العقد بحسب مقتضى العقد ، وإنّما يتمّ ما ذكره على تقدير اقتضائه الاتصال ثمّ لا يوجد الأثر .

أقول : فيه أنّ هذا الجواب غير تامّ لأنّ القائل بالبطالان هنا إنّما قال به من حيث إنّ الواجب عنده اتصال الأجل بالعقد ، وإنّما لا يجوز جعله منفصلاً ما ذكره من قوله وإنّ صحّة العقد توجب ترتّب أثره . . . إلى آخره ، ، وحينئذٍ فقوله - قدس سره - في الجواب بأنّ الأثر مترتب على العقد بالنظر إلى الحكم بالزوجيّة في المدة المتأخّرة لا يردّ على هذا القائل ، لأنّه يمنع ذلك ويقول بالبطالان في المدة المتأخّرة وغيرها ، فإنّ استند فيه إلى الرواية فهو قد اعترف كما تقدم ، وسيأتي في كلامه الآتي من أنّه لم يستند إليها لضعفها ، وإنّما جعلها شاهدة على هذه الاعتبار .

وبالجملة فإنّ الحكم بما أدعاه من صحّة الزوجيّة في المدة المتأخّرة حيث قال في آخره : وإنّما يتمّ ما ذكره على تقدير اقتضائه الاتصال ثمّ لا يوجد الأثر . والعجب منه - قدس سره - أنّ صريح كلامه قبل هذا الكلام الذي نقلناه هو أنّ محلّ الخلاف ما قرّناه من أنّه هل يصحّ العقد مع انفصال الأجل عن العقد أم لا ؟ وما نقلناه من الاحتجاج الذي أجاب عنه هو احتجاج القائلين بالعدم ، وأنّ صحّة العقد يقتضي الاتصال ، ولو فصل الأجل بطل العقد ، فكيف يقول : وهذا إنّما يتمّ على تقدير اقتضائه الاتصال ثمّ لا يوجد ؟ فإنّ فيه اعترافاً بصحّة ما ذكره من الاحتجاج وبطلان ما ذكره من الجواب ، حيث إنّ الأمر كذلك كما عرفت ، فإنّ هذا المحتجّ بهذه الحجّة إنّما احتجّ بها لقوله بالاتصال ، و أنّه لا يجوز عنده الانفصال للزوم تخلّف أثره عند العقد .

وبالجملة فإنّ كلامه - رحمه الله - هنا لا يخلو عن تشويش واضطراب ، ثمّ أنّه قال في تتمّة الكلام المذكور عنه : وأمّا استلزام جواز العقد عليها فيمكن منع الملازمة أولاً من حيث إنّها ذات بعل ، والعقد على ذات البعل لا يجوز ،

ويمكن التزام الجواز لما ذكر ومنع كونها ذات بعل مطلقاً^(١) بل في المدة المعيّنة و يترتب على ذلك ثبوت المحرمية قبل المدة و ثبوت المهر لومات قبلها ، فعلى الأول يمكن القول به ، وعلى الثاني ينتفيان إلى أن قال : والرواية المذكورة جعلت شاهداً للاعتبار لاستنداً للحكم فلا يضرّ ضعفها ، وكيف كان فالقول بجواز النكاح مع تأخر المدة عن العقد قوي ، إنه يهتدى .

أقول : أراد بالاعتبار الذي استند إليه وجعل الرواية شاهداً عليه هو ما قدمه أولاً حيث قال : وإن عيّناه منفصلاً صحّ أيضاً على الأقوى عملاً بالأصل ، ولوجود المقتضي للصحة وهو العقد المشتمل على الأجل المضبوط ، وانتفاء المانع ، وليس إلّا تأخره عن العقد ، ولم يثبت شرعاً كون ذلك مانعاً ، ويشهد له إطلاق رواية بكاربن كردم ، ثم ساق الرواية .

و فيه أولاً ما عرفت فيما قدمنا نقله عن سبطه في شرح النافع ، فإنه كلام جيّد ، و مرجعه إلى أن الأصل عصمة الفروج حتّى يقوم دليل على إباحتها ، والذي علم من الأدلة - بناءً على طرح الرواية كما هو المفروض في كلامهم - هو اتصال الأجل بالعقد ، و من ادعى سوى ذلك فعليه الدليل .

وبذلك يظهر لك ضعف تمسكه بالأصل بمعنى أصالة صحة العقد ، فإن الأصل الذي ذكرناه أقوى متمسكاً ، لأنّ مرجعه إلى أصالة العدم وهو يدهي لا نزاع فيه . وكيف كان فدليله بعد ما عرفت لا يخرج عن المصادرة ، لأنّ قوله لوجود

(١) أقول : الأقرب الثاني وهو منع كونها ذات بعل مطلقاً ، بل انما تنصف بذلك في المدة لان أحكام ذات البعل لا يمكن اجراؤها عليها إلا في تلك المدة ، فكيف يصدق عليها أنها ذات بعل وتدخل تحت أخبار تحريم التزويج بذات البعل ، والحال أنه لا يترتب عليها شيء من أحكام ذات البعل ، نعم يمكن أن يقال : أنها ذات بعل في الجملة باعتبار المدة المتأخرة ، وكيف كان فهذا الإشكال انما يتفرع على القول بجواز الانفصال ، وأما مع القول بوجوب الاتصال فلا ورود له بالكلية . (منه - قدس سره -) .

المقتضي للصحة إلى آخره عين المدعى ، والخصم يمنعه من حيث انفصال الأجل حتى يقوم دليل على الصحة مع الانفصال ، وقوله «ولم يثبت شرعاً كون ذلك مانعاً فيه» أن الأصل عدم ، وهو يقتضي أن الأصل المنع حتى يقوم دليل الثبوت . وبالجمله فإن الخصم يدعي أن تأخير الأجل مانع لعدم ثبوت التعديدية ، والنواقل الشرعية من فكاح أو بيع أو نحوها موقوفة على السماع من صاحب الشريعة ولم يوجد دليل على أن هذا منها ، وبذلك يظهر ضعف تقويته لما اختاره مع طرحه الرواية .

الموضع الثاني من الموضوعين المذكورين : فيما لو أطلق يعني شرط أجلاً مطلقاً لم يعينه بكونه مفصلاً أو موصولاً ، فالمشهور صحة العقد ، وأنه يحمل على الاتصال لأنه المتبادر عرفاً ، ويؤيده أن أثر العقد يجب أن يترتب عليه حين وقوعه ، إلا أن يمنع مانع كاشتراط التأخير أو نحوه ، والمانع هنا منتفٍ ، ولأن المطلق يوجد في ضمن المتصل فيحصل به البراءة ، وظاهر الخبر المذكور في المسألة أيضاً ذلك ، فإن حكمه ^{إلا} بنفي السبيل عليها مع عدم تسمية الشهر ، بعد مضي الشهر المتصل بالعقد ظاهر في ذلك ، وبه صرح الشيخ في النهاية تبعاً لظاهر الخبر فقال : ومتى عقد عليها شهراً ، ولم يذكر الشهر بعينه ، ومضى عليه شهر ثم طالبها بعد ذلك بما عقد عليها لم يكن له عليها سبيل . انتهى ، وهو مبني على حمل الإطلاق على الاتصال كما هو ظاهر .

وقال ابن إدريس : الصحيح ترك هذه الرواية لأن هذا أجل مجهول ، إلا أن يقول شهراً من هذا الوقت فيصح لأنه معلوم ، ورد بمنع المجهولية ، لما عرفت من شهادة العرف بالاتصال ، ومثله ما لو أجّله إلى الخميس أو إلى الربيع فإنه يحمل على الأقرب مؤيداً بما قدمنا ذكره ، والله العالم .

الرابع : قد دلّ الخبر الثامن على جواز جعل الأجل العرد والعردين ، وهو على ما في أكثر النسخ بالعين والراء المهملتين .

قال في القاموس : العرد : الصلب الشديد المنتصب والذكر المنتشر المنتصب ، وهو هنا كناية عن المرة والمرتين ، وفي بعض نسخ التهذيب العود بالواو ، ولا يبعد أن يكون تصحيفاً كما وقع التصريح بالمرة أيضاً في الخبر التاسع ، وفي الخبر العاشر على عرد واحد أي مرة واحدة ، والذي ذكره الأصحاب - رضوان الله عليهم - هو أنه إذا اتفقا على اشتراط المرة والمرتين ، فإما أن يقتصر على ذلك ، أو يقيّد بزمان معين ، بحيث يكون أجلاً وظرفاً للعمل ، أو يقيّده بزمان على أن يكون ظرفاً خاصّة ، كرهة في هذا اليوم من غير أن يجعله آخره منتهى الأجل ، فهنا أقسام ثلاثة :

(أحدها) أن يقتصر على ذكر العدد مرة أو مرتين أو يزيد على وجه مضبوط من غير تقييد بزمان كما هو ظاهر الأخبار المذكورة ، وقد اختلف كلام الأصحاب فيه على قولين : أحدهما - وعليه الأكثر - البطلان لقولهم عليه السلام في جملة من الأخبار المتقدمة إلى أجل معلوم ، والأجل الواقع على هذا الوجه غير معلوم ، إذ يمكن وقوع المرة والمرات في الزمن الطويل والقصير ، وظاهر الأخبار الثلاثة المتقدم ذكرها هو الجواز سيّما الخبر العاشر ، وقوله فيه «إذا فرغ فليحوّل وجهه» ، والجمع بين الأخبار هنا لا يخلو من الاشكال للمجهوليّة في هذه الصورة ، وقد صرح بذلك في الحديث الحادي عشر ، فقال : مرة مبهمّة ، إلا أنه حكم فيه بالانقلاب إلى الدائم ، وهو القول الثاني في المسألة ، وبه صرح الشيخ في النهاية والتهذيب والمحقق في الشرايع إستناداً إلى الخبر المذكور ، ويأتي فيه البحث المتقدم ، فإنّ الأصحاب قد ردوه بما تقدم في مسألة الاخلال بالأجل بالمرة من عدم القصد إلى الدائم ، بل توجه القصد إلى المتعة ، فلا ينصرف إلى الدائم بل يبطل من أصله ، وقد تقدم الكلام معهم في ذلك ويأتي بناء على ما حققناه ثمة من عدم ثبوت هذه الضابطة التي بنوا عليها ، وطرحوا الأخبار لأجلها ، بل ظاهر الأخبار يدفعها ، ويردها قوة مذهب إليه الشيخ .

وبالجملة فالمتأخرون القائلون بهذه الاصطلاح المحدث لهم أن يردوا هذه الأخبار كمالاً بضعف الاسناد، ويبنوا على ما ذكره من القاعدة المذكورة ونحوها وأما القائلون بالعمل بجميع الأخبار كما هي قاعدة متقدمي علمائنا الأبرار وبجملته من متأخري المتأخرين كما هو الحق العلي المنار، فيشكل الحكم لاختلاف هذه الأخبار كما عرفت، وإن كان قول الشيخ في النهاية لا يخلو من قرب.

و (ثانيها) أن يشترط العدد في زمان معين بحيث يكون الزمان أجلاً مضبوطاً كيوم وشهر، ولكن ذكر العدد شرطاً زائداً على ذلك، وهذا مما لا إشكال فيه ولا ريب يعتريه، لاستجماع العقد لشرائط الصحة المتفق عليها، وليس فيه زيادة على غيره من العقود المذكورة في الأخبار إلا اشتراط الجماع مرة أو مرات، وهو من الشروط السايغة في هذا العقد، وعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشروط يشمله، ويظهر الفائدة في عدم جواز الزيادة على المرات المشترطة، ولا تخرج عن الزوجية إلا بانقضاء المدة، ولا منافاة بين كونها زوجة وتحريم وطنها بعد تمام العدد المشترط، ويجوز الاستمتاع بها في بقية المدة بغير الوطء، لأنها زوجة.

بقي الكلام في أنها لو أذنت بالوطء بعد ذلك فهل يجوز أم لا؟ قال في المسالك: وفي جواز الوطء بإذنها وجه، لأن ذلك حققها، فإذا أذنت جاز مع كونها زوجته، ويحتمل المنع لأن العقد لم يتضمن سوى ذلك العدد، ولم يتشخص إلا بما ذكر.

أقول: لا يخفى عليك ضعف هذا الاحتمال، وأن الوجه إنما هو الأول، لما رواه الصدوق^(١) عن إسحاق بن عمار، وطريقه إليه صحيح، وهو مشترك بين الثقة والموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: رجل تزوج بجارية عاتق على أن لا يفتضها، ثم أذنت له بعد ذلك، قال: إذا أذنت له فلا بأس. وهي الدليل الحق

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٥٨ ح ٣.

دون هذا الوجه الاعتباري الذي ذكره .

و(ثالثها) أن يشترطه في وقت معين بحيث يكون ظرفاً له كالיום مثلاً ، ولا مدخل له في التأجيل ، والمراد أن لا يقع خارج ذلك اليوم منه شيء ، وتبين بانتهاء العدد المشروط ، كما أنها تبين بانقضاء ذلك الوقت ، وإن لم يفعل .
قال في المسالك ، وفي صحته قولان : أصحهما البطلان لجهالة الأجل ، إذ يحتمل الزيادة والنقصان حيث يكون مقيّداً بانقضاء العدد .

ويظهر من الشيخ في النهاية الصحة ، حيث قال : إن ذكر المرة والمرتين جاز إذا أسنده إلى يوم معلوم ، فإن إسناده إلى اليوم أعم من جعله بمجموعه أجلاً أو جعل اليوم ظرفاً كما ذكرناه .

وهذا هو الذي فهمه منه العلامة في المختلف ، فإنه قال بعد نقله لكلامه بصحة ذلك والبطلان مع إيهام المرة : والحق البطلان في الجميع ، وعلل البطلان بأنه ذكر أجلاً مجهولاً ، ويجيء على قول الشيخ بانقضاء الشرط بالعدد المجهول صحته دائماً أن يصح هنا كذلك ، لأن الأجل المجهول باطل ، فيساوي غير المذكور ، وجوابه الفرق ومنع الأصل ، انتهى .

الخامس : ظاهر قوله عَلَيْهَا في الخبر السابع كان طلاقها في شرطها ولا عدة لها عليك - ومثله في الخبر الحادي عشر - أنه يجوز للزوج التزويج باخت زوجته المتمتع بها بعد انقضاء مدتها وإن كانت في العدة ، ^(١) لأن المراد بأنه لا عدة لها على الزوج أنه لا يلزمه الصبر إلى انقضاء عدتها ليحل له ما حرم عليه بتزويجها

(١) أقول : وبما ذكرناه من معنى الخبر صرح المحدث الكاشاني في الوافي فقال : ولا عدة لها

عليك ، أي ليس عليك أن تصبر إلى انقضاء عدتها إذا أردت أن تنكح اختها بعد حلول الاجل ، أو ابنة اختها أو ابنة أخيها ، أو نحو ذلك من الأمور كما تكون تصبر في عدة الدائم . انتهى ، وقيل : بأن المراد من العبارة المذكورة أن العدة بمعنى العدد ، أي لا

يلزمك رعاية كونها من الأربع ، ولا يخفى بعده . (منه - قدس سره -).

من نكاح الاخت ، والخامسة ، وابنة الأخ ، وابنة الاخت ، وهو موافق لما هو المشهور بين الأصحاب من جواز التزويج بهؤلاء المذكورين في عدة المتعة ، لأنها بائنة ليس للزوج عليها رجعة كالعدة الرجعية ، إلا أن بعض الأخبار قد دلت على تحريم التزويج بالاخت في هذه العدة ، وهو مذهب الشيخ المفيد وجماعة تقدم ذكرهم ، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذه المسألة الثالثة من المقام الأول من المطلب الرابع في استيفاء العدد من الفصل الثاني فليراجع ، والمسألة بسبب تأييد الأخبار السابقة الدالة على الجواز بهذين الخبرين لا يخلو من الاشكال ، إلا أن الاحتياط سيئما في الفروج مطلوب ، وهو في العمل برواية التحريم ، والله العالم .

الرابع من الموارد المتقدم ذكرها في المهر : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب - رضي الله عنهم - في أن ذكر المهر شرط في صحة هذا العقد ، فيبطل بقواته بخلاف الدائم ، وعليه تدل النصوص المتقدمة في سابق هذا المورد كقوله ^{عليه السلام} في الخبر الأول « لا يكون متعة إلا بأمرين أجل مسمى ومهر مسمى » وفي الثاني « مهر معلوم إلى أجل معلوم » ونحوهما غيرهما ، والفارق بينه وبين العقد الدائم في ذلك النصوص باشتراطه هنا في صحة هذا العقد ، وعدم الاشتراط ثمة ، وعلل أيضاً زيادة على ذلك ، بأن الغرض الأصلي من نكاح المتعة هو الاستمتاع وإعفاف النفس ، فاشتد شبهه بفقود المعاوضات بخلاف عقد الدوام ، فإن الغرض الأصلي منه بقاء النسل وغيره من الأغراض المترتبة عليه التي لا تقصد من المتعة ، فكان شبهه بالمعاوضات أقل ، فمن ثم جاز تجريد العقد منه ، ولم يكن ذكره شرطاً . ولا يخفى ما فيه من تطرق المناقشة ، إلا أن الأمر في ذلك سهل بعد دلالة النصوص على المراد .

وكيف كان ففي هذا المقام أحكام يجب التنبيه عليها لالغاء الضرورة والحاجة في أكثر الموارد إليها .

أحدها : قالوا : إنه يشترط في المهر أن يكون مملوكاً معلوماً بالكيل

أو الوزن أو المشاهدة أو الوصف ، و يتقدر بالمرضاة قلّ أو كثر ، وهذا الكلام يتضمن أحكاماً ثلاثة :

(أحدها) أن يكون مملوكاً ، والمراد به ما يشمل ما يصحّ تملكه كالخمر والخنزير ، وما يختصّ تملكه بالعاقدة ، فلا يجوز العقد على مال مغصوب غير مملوك للعاقدة ، قالوا : فلو عقد على مال الغير لم يصحّ ، لامتناع أن يملك البضع بمال غيره ، وإن رضي المالك بعد ذلك ، بخلاف البيع ونحوه من عقود المعاوضات ، فإنّ الاجازة تؤثر في نقله إلى ملك المالك ، وهنا لا يتصور ذلك .

أقول : لا يظهر لي وجه حسن في الفرق بين الأمرين ، بناءً على ما يدعونه من صحة الفضولي ، وأما بناءً على ما هو المختار من بطلان الفضولي فلا إشكال .
(ثانيها) العلم بمقداره ، فإن كان مكيفاً بالكيل ، وإن كان موزوناً بالوزن أو معدوداً بالعدد ، قالوا : وتكفي المشاهدة في هذه الثلاثة عن الاعتبار بما ذكر كصبرة الحنطة لاندفاع الغرر المطلوب دفعه في هذه المعاوضة ، وإن لم يندفع في غيرها لأنّها ليست معاوضة محضة بحيث تبني على المغابنة والمكايسة ، بل يعتبر رفع الغرر في الجملة ، لأنّ الركن الأظهر فيها الاستمتاع ولو لاحقاً ، ومن ثمّ أطلق عليه اسم الصدقة والنحلة .

أقول : قد عرفت ما في البناء على أمثال هذه التعليقات في تأسيس الأحكام الشرعية من الاشكال ، ولا يحضرني الآن نصّ في المسألة ، وكيف كان فمأذ كرده من الاكتفاء بالمشاهدة مخصوص بما إذا كان حاضراً ، فلو كان غائباً اعتبر وصفه بما يرفع الجهالة فيبطل العقد بدونه ، هكذا قالوا أيضاً وقال السيد السند في شرح النافع بعد ذكر نحو ما ذكرنا فيما قطع به الأصحاب : و للنظر فيه مجال ، والظاهر أنّه إشارة إلى ما أشرنا إليه .

و (ثالثها) إنّه لا تقديره قلّة وكثرة وإنّما يتقدر بالمرضاة ، وعلى ذلك تدلّ جملة من الأخبار .

منها مارواه الكليني ^(١) عن الكنانى عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن المهر ما هو ؟ قال : ما تراضى عليه الناس .
وعن زرارة ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : الصداق كل شيء تراضى الناس عليه قل أو أكثر في متعة أو تزويج غير متعة .
وعن فضيل بن يسار ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : الصداق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق .
وعن أبي بصير ^(٤) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أدنى مهر المتعة ما هو ؟ قال : كفت من طعام ، دقيق أو سويق أو تمر .
وما رواه ابن بابويه ^(٥) في الحسن عن محمد بن النعمان الأحول أنه سأل أبا عبد الله عليه السلام قال : أدنى ما يتزوج به الرجل متعة ؟ قال : كفتين من برء ونقل عن ابن بابويه أنه قال : أدنى ما يجزي في المتعة درهم فما فوقه .
وربما كان مستنده مارواه أبو بصير ^(٦) قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن متعة النساء ؟ فقال : حلال ، وأنه يجزي فيه الدرهم فما فوقه .

- (١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٣ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٢ ح ٦ .
(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٣ .
(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٥ .
(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٢ مع اختلاف يسير ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥٠ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧١ ح ٢ .
(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٥٧ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ١ .

وحمل الخبر جمعاً بينه وبين ما عرفت من هذه الأخبار المتقدمة ونحوها على الأدنى في العادة وإن كانت الأدنى منه جائزاً شرعاً .
وثانيها : قد صرح جملة من الأصحاب ^(١) بأنه يجب دفع المهر بالعقد ، واستشكله آخرون .

أما (أولاً) فبأن المهر أحد العوضين الذي لا يجب تسليمه إلا بتسليم العوض الآخر ، فلا بد من تسليمها نفسها .

و (ثانياً) بما رواه في الكافي ^(٢) في الصحيح عن عمر بن أبان عن عمر بن حنظلة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوج المرأة شهراً فتريد مني المهر كمالاً وأتخوف أن تخلفني ، فقال : يجوز أن تحبس ما قدرت عليه ، فإن هي أخلفتك فخذ منها بقدر ما تخلفك ، وهي ظاهرة كما ترى في عدم وجوب دفعه إليها كمالاً .

وكيف كان فالمفهوم من الأخبار أنه لا يستقر ملكها للمهر إلا بالدخول ومضي المدة ، فلم تفت له المدة جاز له مقاصتها بالنسبة ، و ظاهرهم أنه موضع وفاق .

ومما يدل على ذلك الرواية المذكورة ، وما رواه في الكافي والتهذيب ^(٣) في الصحيح إلى عمر بن حنظلة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : أتزوج المرأة شهراً فأحبس عنها شيئاً ؟ قال : نعم ، خذ منها بقدر ما تخلفك ، إن كان نصف شهر فالنصف ، وإن كان ثلثاً فالثلث .

وعن إسحاق بن عمار ^(٤) في الموثق قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : الرجل

(١) منهم المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد وغيرهما في غيرهما . (منه - رحمه الله -) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٠ ح ١ وفيه « لا يجوز » ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨١ ح ٣ .

يتزوج المرأة متعة بشرط أن تأتيه كل يوم حتى توفيه شرطه ، أو يشترط أيتها معلومة تأتيه فتقدر به فلا تأتيه على ما شرط عليها ، فهل يصلح أن يحاسبها على ما لم تأتيه من الأيتام فيحبس عنها من مهرها بحساب ذلك ؟ قال : نعم ، فينظر ما قطعت من الشرط ، فيحبس عنها من مهرها بمقدار ما لم تف له ما خلا أيتام الطمث فإنها لها ، فلا يكون له إلا ما حل له فرجها .

وما رواه في الفقيه^(١) عن صفوان بن يحيى عن عمر بن حنظلة قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوج المرأة شهراً بشيء مسمى فتأتي بعض الشهر ، ولا تفسي ببعض ؟ قال : تحبس عنها من صداقها بقدر ما أحبست عنك ، إلا أيتام حيضها فإنها لها .

أقول : ظاهر لفظ حبس بعض المهر في جملة من هذه الأخبار دال على ما قدمنا من عدم وجوب دفع المهر بمجرد العقد خلافاً لما ذكره ، لأن حبسه عنها يقتضي بقاءه في ذمة الزوج وعدم دفعه لها ، وبذلك يظهر ضعف ما تقدم نقله عنهم ، والله العالم .

وثالثها : الظاهر لا خلاف بين الأصحاب في أنه لو وهب المتمتع زوجته المدة بعد الدخول بها فإنه لا يسقط شيء من المهر لاقتضاء العقد وجوب الجميع واستقراره بالدخول ، فسقوط شيء منه يتوقف على دليل ، وليس فليس ، وسقوط بعض منه بالتوزيع كما تقدم لقيام دليل عليه - لا يقتضي ذلك في غيره بغير دليل ، وإن كان قبل الدخول وجب نصف المهر ، وسقط النصف الآخر .

وينبغي أن يعلم أولاً أن مذهب الأصحاب من غير خلاف يعرف أنه يصح لمن تمتع بامرأة أن يهبها جميع المدة وبعضها قبل الدخول وبعده ، وعلى ذلك تدل جملة من الأخبار .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٢ ح ٤ .

منها مارواه الصدوق^(١) في الصحيح عن علي بن رثاب قال : كتبت إليه أسأله عن رجل تمتع بامرأة ثم وهب لها أيتامها قبل أن يفضي إليها ، أو وهب لها أيتامها بعد ما أفضي إليها ، هل له أن يرجع فيما وهب من ذلك ؟ فوقع عليه : لا يرجع .

وعن يونس بن عبد الرحمن^(٢) قال : سألت الرضا عليه السلام عن رجل تزوج امرأة متعة ، فعلم بها أهلها ، فزوجها من رجل في العلانية ، وهي امرأة صدق ، قال : لا تمكن زوجها من نفسها حتى تنقضي عدتها وشرطها ، قلت : إنّه كان شرطها سنة ، ولا يصبر زوجها ، قال : فليتنق الله زوجها وليتصدق عليها بما بقي ، الحديث . ورداه في الكافي^(٣) عن إسحاق بن عمار عن أبي الحسن موسى عليه السلام بأدنى تفاوت ، وفيه « فليتنق الله زوجها الأول وليتصدق عليها بالأيتام ، فإنّها قد ابتليت والدار دار هدة ، والمؤمنون في نقيّة » الحديث^(٤) .

وعن أبان بن تغلب^(٥) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر ، ثم إنّه تقج في قلبه فيجب أن يكون شرطه أكثر من شهر ، فهل يجوز أن يزيد في أجرها ويزداد في الأيتام قبل أن

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٣ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٣ ب ٢٩ ح ١ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٤ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥٦ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٣ ح ١ .

(٤) وتماه « قلت : فانه تصلق عليها في أيامها وانقضت عدتها كيف تصنع ؟ قال : إذا خلا الرجل بها فلتقل هي : يا هذا ان أهلي وثبوا علي فزوجوني منك بغير أمري ولم يستأمروني . واني الان قد رضيت فاستأنف أنت الان فتزوجني تزويجاً صحيحاً فيما بيني وبينك » . (منه - قدس سره -) .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ح ١ .

تنقضي أيتامه التي شرط عليها ، فقال : لا يجوز شرطان في شرط ، قلت : كيف يصنع ، قال : يتصدق عليها بما بقي من الأيتام ، ثم يستأنف شرطاً جديداً .

و هذه الأخبار مع اتفاقها على ما ذكرناه من صحة الهبة بجميع المدة وبعضها قبل الدخول وبعده مؤيدة بظاهر اتفاق الأصحاب على الحكم المذكور ، وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك - حيث قال : وقديشك في جواز هذه الهبة من حيث تجرده شيئاً فشيئاً ، فالثابت في الذمة حال البراءة ليس هو الحق للتجدد - فإنه محض اجتهاد في مقابلة النصوص .

إذا تقرر ذلك فاعلم أن ما قدمنا ذكره من أنه لو كان هبة المدة قبل الدخول وجب لها نصف المهر وسقط النصف الآخر كما في الطلاق قبل الدخول ، الظاهر أنه مما لا خلاف فيه بل ادعى عليه المحقق الشيخ علي الاجماع .

ويدل عليه أيضاً ما رواه الشيخ في التهذيب^(١) بطريقين أحدهما في الموثق عن سماعة قال : سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها يجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم ، إذا جعلته في حل فقد قبضته منه ، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق ، والتقريب فيها أنه لولا أن الحكم تنصيف المهر في الصورة المذكورة لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئاً أو ترد الجميع كما لا يخفى ، و ظاهره في المسالك التوقف في الحكم ، ومنشأ المناقشة في ثبوت الاجماع المدعى ، وأن الرواية مقطوعة يعني مضمرة ، واعتمد في وجوب تمام المهر على اقتضاء العقد ، لفصور الدلالة على المسقط ، و ظاهر السيد السند في شرح النافع العمل بالرواية ، وإن كانت ضعيفة لجبرها باتفاق الأصحاب لعدم ظهور المخالف ، بل دعوى الاجماع كما عرفت ، وكل منهما قد خالف نفسه في غير موضع فيما ذكرناه هنا ، والوجه فيه ما قدمنا ذكره من أن أصحاب هذا الاصطلاح - لضيق الخناق - لا يقفون على ضابطه

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٦١ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٣ ح ١ .

يعتمدون عليها ولا قاعدة يرجعون إليها ، والحق " هو القول المشهور ، فإنه بعد ورود الخبر به لا يعتريه قصور ولا فتور ، وقد صرح غير واحد منهم كما تقدم قريباً بأن " الاضرار غير مضر " في الأخبار ولا موجب فيها لسقوط الاعتبار .

ثم إنه ينبغي أن يعلم أن " ما ذكر من التنصيف في الهبة قبل الدخول مما لا إشكال فيه ، إذا وقعت الهبة بجميع المدة الباقية وقت الهبة كما هو ظاهر الخبر الذي هو مستند هذا الحكم ، أما لو وهبها البعض خاصة قبل الدخول وقلنا بجوازه وانقضت المدة ولم يدخل فالأظهر أنه لا يسقط من المهر شيء اقتصاراً فيما خالف الأصل على مورد النص " والوافق ، قيل : ويحتمل السقوط لصدق التفرق قبل الدخول ورد " بأنه ضعيف .

والظاهر كما استظهره جملة من الأصحاب أن " هذه الهبة في معنى الإبراء ، فلا يتوقف على القبول ، وقال في المسالك : يصح " هبة المدة جميعها .

ورابعها : إذا تبين فساد عقد المتعة بأحد الوجوه الموجبة لذلك ، كأن ظهر أن " لها زوجاً ، أو أنها اخت زوجته ، أو أمها أو نحو ذلك مما يوجب فسخ العقد فإن كان قبل الدخول فلا خلاف في أنه لا شيء لها من المهر ، وإن أخذته استعادته منها ، إنما الخلاف فيما إذا ظهر شيء من ذلك بعد الدخول ، فللأصحاب فيه أقوال :

(أحدها) وهو مذهب الشيخين في المقنعة والنهاية أن " لها ما أخذت ولا يازمه أن يعطيها ما بقي ، ولم يفصلا بين كونها عالمة أو جاهلة ، واستدل عليه الشيخ في التهذيب ^(١) بما رواه في الحسن عن حفص بن البختري عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بقي عليه شيء من المهر وعلم أن لها زوجاً فما أخذته فلها بما استحل من فرجها ويحبس عنها ما بقي عنده .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦١ ح ٥٤ الوسائل ج ١٤ ، ص ٤٨٢

أقول : ونحو هذه الرواية ما رواه في الكافي^(١) عن علي بن أحمد بن أشيم قال : كتب إليه الريان بن شبيب - يعني أبا الحسن عليه السلام - : الرجل يتزوج المرأة متعه بمهر إلى أجل معلوم وأعطاه بعض مهرها وأخترته بالباقي ثم دخل بها وعلم بعد دخوله بها قبل أن يوفيه باقي مهرها إنما زوجته نفسها ولها زوج مقيم معها ، أيجوز له حبس باقي مهرها أم لا يجوز ؟ فكتب عليه السلام : لا يعطيها شيئاً لأنها عصت الله عز وجل .

والرواية الأولى وإن دلت بإطلاقها على عدم الفرق بين العالمة بالزوج والجاهلة بأن تعتقد خلوها من الزوج بطلاق أو موت ثم يظهر خلافه ، إلا أنه يجب حملها على الجاهلة بقريضة قوله عليه السلام في الخبر «فما أخذته فلها بما استحل من فرجها» حيث إنه مع فرض كونها عالمة تكون بغيّاً ولامهر لبغي ، فكيف يكون ما أخذت ملكاً لها بما استحل من فرجها !!

ويؤيده قوله عليه السلام في الرواية الثانية المشتملة على العالمة «لا تعطيها شيئاً فإنها عصت الله تعالى» ، وظاهره جواز استرجاع ما أخذته ، ولكن لما كان سؤال السائل إنما هو عن جواز حبس الباقي وعدمه أجابه بما ذكر في الخبر ، فكأنه عليه السلام فهم منه الاعراض عما دفعه لها وعدم إرادته ، وإلا فإنه يستحق المطالبة به ، لمعرفت من أنها بغي ، فلا يستحق شيئاً . والظاهر أيضاً حمل كلام الشيخين على ذلك ، ولا يحضرنى الآن صورة كلاميهما فإن كان وفق عبارة الخبر فالقريضة فيه ظاهرة أيضاً . وبالجمله فما ذكرناه هو الموافق بالاصول والقواعد ، وقد عرفت أن الرواية لاتأباه إلا أن في ذلك إشكالاً سيأتي التنبيه عليه .

بقي الكلام فيما لو لم يدفع إليها شيئاً بالكليّة ، أو دفع الجميع ، فإن الرواية لادلالة فيها على حكم شيء من هذين الفردين ، ومقتضى القواعد في هذا الباب أنها إن كانت عالمة فإنه يسترجع مادفع ويمنعها من الجميع إن لم يدفع ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٢ ح ٢ .

وإن كانت جاهلة فإنه يكون نكاح شبهة يرجع فيه إلى مهر المثل ، لكن هل يقسّط على المدة كما إذا أخلفته ولم تف له بتمام المدة أو تستحق الجميع ؟ إشكال ، ولعل الأول أقرب والله العالم .

و(ثانيها) أنها إن كانت عالمة فلا شيء لها مطلقاً لأنها بغي ، ولا مهر لبغي ، وإن كانت جاهلة فلها مجموع المسمى ، فإن قبضته وإلا أكمل لها ، واختاره المحقق في الشرايع وجماعة ، وأورد عليه بالنسبة إلى صورة الجهل ، بأن المسمى إنما يلزم بالعقد الصحيح لا الفاسد ، والعقد هنا فاسد ، ومجرد التراضي بالعقد لا يقتضي لزومه .

و(ثالثها) أنه لا شيء لها مع العلم مطلقاً ، ومع الجهل فلها مهر المثل مطلقاً لأن ذلك هو عوض البضع في وطء الشبهة ، والواقع هنا كذلك ، وهذا هو مختار المحقق في النافع وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، قال السيد السند في شرح النافع : وهو جيد مع إطراح الرواية .

أقول : لا ريب أن مقتضى القواعد بالنسبة إلى صورة الجهل هو وجوب مهر المثل مطلقاً ، والرواية ولو على تقدير ما حملناها عليه من التخصيص بالجاهلة قد تضمنت حبس الباقي من المهر ، والقول الثالث إنما يتم بطرحها ، إلا أنه يمكن أن يقال بتخصيص القاعدة المذكورة بهذه الرواية ، ويجب الوقوف فيها على مورد النص من عقد المتعة إذا ظهر أن لها زوجاً بعد أن أخذت بعضاً من المهر و بقي بعض .

وهل المراد بمهر المثل مهر أمثالها بحسب حالها لتلك المدة التي سلّمت نفسها فيها متعة أو مهر المثل للنكاح الدائم ، لأن ذلك هو قيمة البضع عند وطء الشبهة من غير اعتبار العقد المخصوص أو غيره ؟ قولان : إمتظهر في شرح النافع الأول ونفي البعد في المسالك عن الثاني لما ذكرناه من التعليل ، وسيجيء الكلام في ذلك والمسألة محل إشكال .

و(رابعهما) أنه لا شيء لها مع العلم ، ومع الجهل يلزمه أقلّ الأمرين من المسمّى ومهر المثل ، لأنّ مهر المثل إن كان أقلّ فهو عوض البضع حيث تبين بطلان العقد ، وإن كان المسمّى هو الأقل فقد قدمت على أن لا يستحق غيره .
وأورد عليه بأنّه يشكل بأنّ المسمّى إنّما رضيت به على وجه مخصوص وهو كونها زوجة ، فلا يلزم الرضاء به على تقدير فساد العقد ، ثمّ إنّّه على تقدير صحة القول المذكور فلو كان في أثناء المدة فالمعتبر الأقلّ من قسطها من المسمّى ومهر المثل بأحد الاختيارين .

قال في المسالك : ولا بأس بهذا القول لوقال به أحد يعتدّ به من الفقهاء بحيث لا يخرق الاجماع إن اعتبر في الأقوال الحادثة مثل هذا كما هو المشهور .
واعترضه سبطه في شرح النافع فقال بعد نقل ذلك عنه : أقول : إن إحداث القول في المسألة إنّما يمنع منه إذا كان قد انعقد الاجماع البسيط أو المرّكّب على خلافه لاقتضائه الخروج عن قول الامام عليه السلام لدخول قوله عليه السلام في أقوال المجمعين كما هو المقدر ، هذا إنّما يتحقق إذا نقل الاجماع في المسألة ، أمّا إذا وجد فيها منّا قول أو أقوال ولم ينقل عليها إجماع ولا ظهر المخالف فإنّ ذلك لا يكون إجماعاً ولا يقتضي المنع من إحداث قول مخالف له ، وإن لم يعلم وجود قائل به .
هذا كلّ بعد تسليم كون الاجماع المنقول في كتب الأصحاب هو الاجماع الذي علم فيه دخول قول المعصوم عليه السلام في أقوال المجمعين ، ومن تتبّع كلام الأصحاب وما وقع لهم في نقل الاجماع من الاختلاف والاضطراب خصوصاً ما وقع في كلام الشيخ والمرضى من دعوى كلّ منهما الاجماع على نقيض ما ادعى عليه الآخر في عدة مسائل ، ودعوى الشيخ في الخلاف الاجماع في مسائل كثيرة وافتاؤه بخلاف ذلك في مواضع اخر علم أنّهم لا يريدون بالاجماع ذلك المعنى ، وإنّما يريدون به المشهور بين الطائفة أو غير ذلك ممّا لم تثبت حجّيته والله العالم ، إنتهى وهو جيّد .
أقول : لا يخفى على من تتبّع كلام شيخنا الشهيد الثاني - رحمه الله - في

المسالك ما وقع من الاضطراب في هذا المقام ، وقد قدمنا عنه في كتاب الوصايا في مسألة مالو أوصى له بأبيه فقبل الوصية ما هو ظاهر بل صريح في إبطال هذا الكلام وأنه من أضعف الأدواء .

فإنه قال : ولا يقدح دعواء الاجماع في فتوى الملامة بخلافه ، لأن الحق أن إجماع أصحابنا إنما يكون حجة مع تحقق دخول قول المعصوم عليه السلام في جملة أقوالهم ، فإن حجتيه إنما هي باعتبار قوله عندهم ، ودخول قوله في أقوالهم في مثل هذه المسألة النظرية غير معلوم ، وقد نبه المصنف في أوائل المعبر على ذلك فقال : إن حجة الاجماع لا تتحقق إلا مع العلم القطعي بدخول قول المعصوم عليه السلام في قول المجمعين ، ونهى عن الاعتراض من يتحكم ويدعي خلاف ذلك ، وهذا عند الانصاف عين الحق ، فإن إدخال قول شخص غائب لا يعرف قوله في قول جماعة معروفين بمجرد اتفاقهم على ذلك القول بدون العلم بموافقته لهم تحكم بارد ، وبهذا يظهر جواز مخالفة الفقيه المتأخر لغيره من المتقدمين في كثير من المسائل التي ادعوا فيها الاجماع إذا قام عنده الدليل على ما يقتضي خلافهم ، وقد اتفق ذلك لهم كثيراً ، لكن زلة المتقدم مسامحة عند الناس دون المتأخر . انتهى ، وهو جيد يستحق أن يكتب بالنور على وجنات الحور .

المقام الثاني في الاحكام واللواحق التابعة للمقام :

وفيه مسائل : الاولى : لا ريب ولا إشكال في صحة الاشتراط في العقود بما لا يخالف الكتاب والسنة ، وجوب الوفاء به لعموم الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بها ، والمفهوم في كلام أكثر الأصحاب أن الشرط إنما يعتد به ويجب الوفاء إذا وقع بين الإيجاب والقبول ليكون من جملة العقد اللازم ، فلو قدمه على العقد أو أخره عنه لم يقع معتداً به ، لأنه والحال هذه لا يكون محسوباً من العقد . وقال الشيخ في النهاية : كل شرط يشترطه الرجل على المرأة يكون له

تأثير بعد ذكر العقد ، فإن ذكر الشروط و ذكر بعدها العقد كانت الشروط التي قدم ذكرها باطلة لا تأثير لها ، فإن كررها بعد العقد ثبت على ما شرط .
وأنكر ابن إدريس ذلك وخصّ الزوم بما اشتمل عليه العقد ، وعليه كافة المتأخرين ، وربما قيل بأنّ ما دلّ على الوفاء بالشرط كما يشمل الشرط الذي في العقد يشمل ما تقدم وما تأخر عنه أيضاً ، إلا أن يدعى منع صدق اسم الشرط على غير ما لم يذكر في العقد .

والذي وقفت من الأخبار في هذا المقام ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن محمد ابن مسام في الموثق قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة إنهما يتوارثان إذا لم يشترطا ، وإنما الشرط بعد النكاح .
وعن ابن بكير^(٢) في الموثق أو الحسن قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : ما كان من شرط قبل النكاح هدمه النكاح ، وما كان بعد النكاح فهو جائز ، الحديث .
وما رواه في الكافي^(٣) عن محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل : «ولا جناح عليكم فيما تراضيتم به من بعد الفريضة»^(٤) فقال : ما تراضوا به من بعد النكاح فهو جائز وما كان قبل النكاح فلا يجوز إلا برضاها وبشيء يعطيها فترضى به .

وعن ابن بكير في الموثق^(٥) قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : إذا اشترطت على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٢ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٨ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٩ ح ٣ .

(٤) سورة النساء - آية ٢٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٥٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٨ ح ١ .

المرأة شروط المتعة فرضيت به و أوجب التزويج فأردد عليها شرطك الأول بعد النكاح ، فإن أجازته فقد جاز ، وإن لم تجزه فلا يجوز عليها ما كان من الشرط قبل النكاح .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(١) بعد أن ذكر أن وجوه النكاح الذي أمر الله جلّ وعزّ بها أربعة أوجه إلى أن قال : « والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث وهو نكاح المتعة بشرطها ، وهي أن تسأل المرأة فارغة هي أم مشغولة بزواج أو بعدة أو بحمل ، وإذا كانت خالية من ذلك قال لها : متعيني نفسك على كتاب الله وسنة رسول الله ﷺ نكاح غير سفاح كذا وكذا بكذا وكذا ، وبين المهر والأجل ، على أن لا ترثيني ولا أرثك ، وعلى أن الماء أضعه حيث أشاء ، وعلى أن الأجل إذا انقضى كان عليك عدة خمسة وأربعين يوماً ، فإذا أتممت قلت لها : متعيني نفسك ، وتعيد جميع الشروط عليها ، لأن القول الأول خطبة ، وكل شرط قبل النكاح فاسد ، وإنما ينعقد الأمر بالقول الثاني ، فإذا قالت في الثاني : نعم دفع إليها المهر أو ما حضر منه ، وكان ما بقي ديناً عليك ، وقد حل لك وطؤها إنتهى . ونقل شيخنا المجلسي في كتاب البحار ^(٢) عن خبر المفضل الوارد في الغيبة قال : وفيه قال المفضل للمصادق عليه السلام : مولاي فالمتعة ؟ قال : المتعة حلال طلق ، والشاهد فيها قول الله عز وجل ، ثم ساق كلاماً طويلاً إلى أن قال : قال المفضل : يا مولاي فما شرائط المتعة ؟ قال : يا مفضل لها سبعون شرطاً من خالف منها شرطاً واحداً ظلم نفسه ، قال : قلت : يا سيدي قد أمرتمونا أن لا نتمتع ببغية ولا مشهورة بفساد ولا مجنونة ، وأن ندعو المتعة إلى الفاحشة فإن أجابت فقد حرم الاستمتاع بها ، وأن نسأل أفاغرة أم مشغولة يبعث أو حمل أو عدة ، فإن شغلت بواحدة من الثلاث فلا تحل ، وإن خلت فيقول لها : متعيني نفسك على كتاب الله عز وجل

(١) فقه الرضا ص ٢٣٢ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٨٩ ب ١٤ ح ٢ .

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٠١ ح ١١ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٢ ب ٣٢ ح ١ .

وسنة نبيّة ﷺ نكاحاً غير سفاح ، أجلاً معلوماً باجرة معلومة - وهي ساعة أو يوم أو يومان أو شهر أو سنة أو مادون ذلك أو أكثر ، والاجرة ما تراضيا عليه من حلقة خاتم أو شمع نعل أو شقّ تمرّة إلى فوق ذلك من الدراهم والدنانير أو عرض ترضى به - على أن لا ترثين. ولا أرثك ، وعلى أن الماء لي أضعه منك حيث أشاء ، وعليك الاستبراء خمسة وأربعين يوماً أو محيضاً واحداً ، فإذا قالت ، نعم أعدت القول ثانية وعقدت النكاح ، فإن أحببت وأحببت هي الاستزادة في الأجل زدتما الحديث .

أقول : هذه الأخبار قد اتفقت على بطلان الشرط المتقدم قبل العقد ، والأصحاب قد حووا من كلام الشيخ أن ذكر الشروط في أثناء العقد لا تلزم إلا أن تعاد بعده ، وهو ظاهر أكثر الأخبار المتقدمة ، إلا أنهم حملوا لفظ النكاح - في قوله ﷺ : وما كان بعد النكاح فهو جائز - على الإيجاب ، وأنه ﷺ سمّاه نكاحاً مجازاً ، وعلى ذلك أيضاً حملوا عبارة الشيخ .

وأنت إذا تأملت في كلامه ﷺ في كتاب الفقه الرضوي وكذا حديث المفضل ظهر لك صحة ذلك ، فإن ظاهر الخبرين المذكورين هو ذكر الشروط مرتين (أما) المرة الأولى فهي للاعلام بها ، واستعلام رضا المرأة بذلك وعدمه ، و (أما) الثانية فهي للعقد الذي يستبيح نكاحها كما هو صريح عبارة كتاب الفقه الرضوي ، وكذا حديث المفضل حيث قال : فإذا قالت : نعم أعدت القول ثانية وعقدت النكاح ، وهما ظاهران في أن عقد النكاح إنما هو بالقول الثاني ، وحينئذ فيحمل قولهم ﷺ في تلك الأخبار المجملة وما كان بعد النكاح ، يعني بعد الإيجاب بقولها أنكحتك نفسي ، أو خطابه لها في المرة الثانية بقوله اتمتعيني نفسك ، ونحو ذلك من ألفاظ الإيجاب .

و بالجملة فإنه متى حكم على إجمال تلك الأخبار بهذين الخبرين ، فإنه يرتفع بذلك الخلاف من البين ، والله العالم .

الثانية : قد صرحوا بأنه يجوز للمتمتع العزل وإن لم ترض ، وأن الولد

يلحق به وإن عزل ، وأنه لو نفاه عن نفسه انتفى ولم يفتقر إلى لعان ، وهذا الكلام يتضمن أحكاماً ثلاثة :

الأول : إنه يجوز للمتنم العزل وإن لم تأذن ، وقد نقل غير واحد من الأصحاب أنه موضع وفاق ، ويؤيده ما تقدم في الفائدة الحادية عشر من الفوائد المتقدمة من أن الأظهر الأشهر جواز العزل عن الحرية على كراهية .
ويؤيده أيضاً أن الوطء لا يجب لهن إجماعاً ، لأن الغرض الأصلي منهن الاستمتاع دون النسل ، وقوله عليه السلام في رواية ابن أبي عمير ^(١) المرسل : الماء ماء الرجل يضعه حيث يشاء ، إلا أنه إذا جاء ولد لم ينكره وشدد في انكار الولد ، وبالجمله فالحكم مما لا خلاف ولا إشكال .

الثاني : إن الولد يلحق به وإن عزل ، وهذا الحكم لا يختص بالمتعة بل يجري في كل وطء صحيح ، والوجه فيه بعد النص الدال على أن الولد للفراش ^(٢) ، وخصوص رواية ابن أبي عمير المتقدمة جواز سبق المني من حيث لا يشعر ، ويعضد ذلك إطلاق صحيحة محمد بن مسلم ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال : قلت : أرايت إن حملت ؟ قال : هو ولده ، فإن ترك الاستفصال دليل على العموم في المقال .

وفي صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع ^(٤) قال : سأل رجل الرضا عليه السلام عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١ ، التهذيب ج ٩ ص ٣٤٦ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ح ١ وفيه « حبلت » .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٤ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٢ ح ٥ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٨ ح ٢ .

الرجل يتزوج المرأة متعة، ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها فتأتي بعد ذلك بولد فينكر الولد، فشدد في ذلك، فقال: يجحد، وكيف يجحد إعظماً لذلك، قال الرجل: فإن اتهمها؟ قال: لا ينبغي لك أن تتزوج إلا مأموقة، قوله «ويشترط عليها أن لا يطلب ولدها» كناية عن العزل بمعنى أنه يشترط عليها العزل، وهو ظاهر في أنه ليس له بعد الوطء نفى الولد وإن عزل، ولا بمجرد التهمة، بل لابد من العلم باتفائه.

وفي رواية الفتح بن يزيد^(١) قال: سألت أبا الحسن الرضا عليه السلام عن الشرط في المتعة، فقال: الشرط فيها بكذا وكذا إلى كذا وكذا، فإن قالت نعم فذاك له جائز، ولا تقول كما أنهى إلي أن أهل العراق يقولون: الماء مائي والأرض لك ولست أسقي أرضك الماء، وإن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض، فإن شرطين في شرط فاسد، فإن رزقت ولداً قبله، والأمر واضح، فمن شاء التلبس على نفسه لبس.

قيل: المراد بالشرطين هما الافضاء إليها وعدم قبول الولد، وإنما فسدا لتنافيهما شرعاً، وقيل: المراد بأحد الشرطين شرط الله لقبول الولد، والآخر شرط الرجل لنفسه، والظاهر أن الأول أقرب، لأن ذلك هو الذي اشتمل عليه العقد. وكيف كان فالخبر دال على أنه متى جامعها فإن عزل فإنه يجب عليه قبول الولد متى رزقها الله تعالى إياه، ولا يجوز له نفيه بأن يلحقه بالام، وهو المشار إليه بقوله «وإن نبت هناك نبت فهو لصاحب الأرض» فإن المراد بالنبت الولد. الثالث: إنه لو نفاه عن نفسه، فإنه ينتفي ظاهراً، ولا يتوقف على اللعان، قال في المسالك: وهو موضع وفاق.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٤ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٩ ح ٨١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٩ ح ٦.

أقول : ويدلّ على ذلك ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح عن ابن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يلاعن الرجل المرأة التي يتمتع منها . وما رواه في التهذيب^(٢) عن ابن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يلاعن الحرّ الأمة ، ولا الذميمة ، ولا التي يتمتع بها .

والتقريب فيها أن مقتضى سقوط اللعان مطلقاً انتفاء الولد بغير لعان ، وإلا لانسدّ باب نفيه ، ولزم كونه أقوى من ولد الزوجة الدائمة وهو معلوم بالطلاق . فإن قيل : إن مقتضى ما تقدم من الأخبار هو أن الولد يلحق به ، وإنه لا يجوز له نفيه إلا أن يعلم بانتفائه ، ومقتضى ما ذكرنا أنه لو نفاه عن نفسه انتفى قلنا : ما ذكرنا مبني على الظاهر كما اشير إليه آنفاً ، ومبني ما ذكرنا سابقاً على ما بينه وبين الله عز وجل ، فهو وإن قبل قوله ظاهراً في انتفائه إلا أنه لا يجوز له فيما بينه وبين الله عز وجل إلا مع العلم بانتفائه ، لا بمجرد الغزل ولا التهمة ، إلا أن لقائل أن يقول : إن ما دلّ عليه الخبران المذكوران من أنه لا يلاعن الرجل المرأة المتمتع بها لا تصريح فيه بكون اللعان لنفي الولد ، فيجوز أن يكون نفي اللعان إنمّا هو بالنسبة إلى القذف ، فإنه أحد موضعي اللعان .

وحينئذ فلا دليل على الحكم المذكور ، إلا ما يدعونه من الاتفاق إن ثبت ، فلو قيل بعد انتفائه بنفيه - للأخبار والأدلة الدالة على وجوب قبوله للولد ، وأنه لا يجوز نفيه لعدم التعويل على مثل هذه الاجماع - لكان في غاية القوة إلا أن الخروج عما ظاهروا الاتفاق عليه مشكل ، وموافقهم من غير دليل واضح أشكل .

تنبيه

قد طعن شيخنا الشهيد في صحة ابن سنان المذكورة هنا ، بأن ابن سنان

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٦ ح ١٧ ، التهذيب ج ٨ ص ١٨٩ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٠٥ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٨٨ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩٦ ح ٤ .

مشارك بين عبدالله وهو ثقة ، ومحمد وهو ضعيف ، والاشترار يمنع الوصف بالصحة .
واعترضه سبطه في شرح النافع بأن ابن سنان الذي يروي عن أبي عبدالله عليه السلام ، هو عبدالله الثقة الجليل قطعاً ، لأن محمد لم يرو عن الصادق عليه السلام أصلاً ، وإنما يروي عن أصحابه ، وقد روى محمد عن عبدالله ، وذلك معلوم من كتب الرجال ، إنتهى .

أقول : ما ذكره جيد بالنسبة إلى محمد بن سنان الزاهري الضعيف ، إلا أنه يبقى احتمال محمد بن سنان أخى عبدالله بن سنان ، فإنه قد نقلت روايته عن الصادق عليه السلام في مواضع من كتاب طب الأئمة عليهم السلام ، ويمكن أن يقال : إنه وإن كان كذلك إلا أن الغالب المتكرر روايته هو عبدالله دون أخيه محمد ، والحمل على الغالب أقوى دون الشاذ النادر .

الثالثة : لا خلاف نصاً و فتوى في أن المتعة لا يقع بها طلاق ، بل تبين بانقضاء المدة ، وقد تقدمت جملة من الأخبار دالة على ذلك .

وقد عرفت أنه لا يقع بها لعان لنفي الولد اتفاقاً ، إلا أنك قد عرفت ما فيه ، وأما اللعان للذف فالمشهور أنه لا يقع بها كما هو ظاهر الصحيحين المتقدمين . ونقل عن الشيخ المفيد والسيد المرتضى أنه يقع بها ، لأنها زوجته فتدخل في عموم «والذين هم لغروجهم حافظون»^(١) واجيب عنه بأن عموم القرآن مخصص بالسنة وإن كانت آحاداً كما هو الأشهر الأظهر ، والمشهور أيضاً أنه لا يقع بها إيلاء لقوله عز وجل في قصة الإيلاء «وإن عزموا الطلاق»^(٢) الدال على قبول المولى منها الطلاق ، والمتعة ليست كذلك ، ولأن من لوازم الإيلاء المطالبة بالوطء وهو منتف فيها ، وانتفاء اللازم يدل على انتفاء الملزوم .

ونقل عن المرتضى - رضي الله تعالى عنه - وقوع الإيلاء بها لعموم قوله

(١) سورة المؤمنون - آية ٥ .-

(٢) سورة البقرة - آية ٢٢٧ .

تعالى «وللذين يؤولون من نسائهم»^(١) فإنه جمع مضاف وهو من صيغ العموم .
واجيب عنه بأنه مخصوص بقوله تعالى «وإن عزموا الطلاق» فإن عود الضمير
إلى بعض أفراد العام يخصه .

قال في المسالك : وفيه نظر والمسألة موضع خلاف بين الأصوليين ، وقد
ذهب جماعة من المحققين إلى أنه لا يخص .
أقول : والمسألة لعدم النص الظاهر لا تخاوم توقّف وإن كان القول المشهور
لا يخالو من قرب .

وهل يقع بها ظهار أم لا ؟ قولان : المشهور الأول ، لأن المتمتع بهازوجة ،
فتدخل في العمومات المتضمنة لظهار الزوجة ، وذهب جماعة منهم ابن بابويه وابن
إدريس إلى الثاني ، لأصالة بقاء الحل ، ولأن المظاهر يلزم بالفئة أو الطلاق ولا طلاق
في المتعة ولا يجب الوطء ، فيلزم بالفئة ، مع أن إيجابها وحدها لا دليل ، وإقامة
هبة المدة مقام الطلاق قياس ، ولأن أمره بأحد الأمرين موقوف على المراقبة
المتوقفة على وجوب الوطء .

قال في المسالك مشيراً إلى الجواب عن ذلك قوله «ولأن المظاهر يلزم
بالفئة أو الطلاق . . .» إلى آخره : والالزام بأحد الأمرين لا يوجب التخصيص .
فجاز اختصاصه بمن يمكن معه أحد الأمرين وهو الدائم ، وهكذا المراقبة ، ويبقى
أثر الظهار باقياً في غيره كوجوب اعتزالها ، وهذا هو الأقوى ، إنتهى .
أقول : والمسألة أيضاً محل توقّف ، لعدم الدليل الواضح ، وبالتردد في
المسألة أيضاً صرح السيّد السند في شرح النافع وهو في محله .

الرابعة : اختلاف الأصحاب في ثبوت التوارث بهذا العقد على أقوال :
(أحدها) إنه يقتضي التوارث كالدائم حتى لو شرط سقوطه بطل الشرط ،
كما لو شرط عدمه في النكاح الدائم ، ويعبّر عنه بأن المقتضي للارث هو العقد

لابشرط شيء ، وهذا القول لابن البراج ، واستند فيه إلى عموم الآية الدالة على توريث الزوجة ^(١) ، وهذه زوجة ، فترث كسائر الزوجات ، ويدل على كونها زوجة آية « إلا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم » ^(٢) وملك اليمين منتفٍ عنها قطعاً ، فلولم تثبت كونها زوجة لزم تحريمها ، وعدم حلها كما تدعي العامة من الآية .

وفي هذا القول طرح للأخبار بجملتها ، ولعلّه إمّا بناءً من قائله على أنها قد تعارضت فتساقطت ، أو كونها خبر واحد لا يخصّص عموم القرآن ، أو الطعن في السند بالضعف ، إلا أن الثالث بعيد ، لتفرعه على هذا الاصطلاح المحدث ، وهو غير معول عليه عند أمثال هذا القائل من المتقدمين .

قيل : ولقد كان هذا القول بالسيد المرتضى أنسب ، وبأصوله أليق ، لكنه - رحمه الله - عدل عنه لما ظنّه من الاجماع على خلافه .

(و ثانيها) عكس القول المذكور ، وهو أنّه لا توارث فيه من الجانبين ، سواء شرطاً التوارث أو عدمه ، أو لم يشترط شيئاً منهما ، ذهب إليه أبو الصلاح و ابن إدريس والعلامة في أحد قوليّه ، و ابنه فخر المحققين ، و المحقق الشيخ علي ، والظاهر أنّه مذهب أكثر المتأخّرين ، تمسّكاً بأصالة العدم ، لأن الارث حكم شرعي يتوقّف ثبوته على الدليل ، ومطلق الزوجيّة لا يقتضي استحقاق الارث ، لأنّ من الزوجات من ترث ، ومنهنّ من لا ترث ، ولرواية سعيد بن يسار ^(٣) الآية إن شاء الله تعالى - ونحوها رواية عبدالله بن عمر ^(٤) الآية أيضاً إن شاء الله تعالى

(١) سورة النساء - آية ١٢ .

(٢) سورة المؤمنون - آية ٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٧ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٨ ، وفيهما «عبدالله

بالتقريب الآتي ذيلهما .

و(ثالثها) إن أصل العقد لا يقتضي التوارث بل اشتراطه ، فإذا شرط ثبت تبعاً للشرط ، أما عدم اقتضائه الارث بدون الشرط فللأدلة المتقدمة ، وأما ثبوته مع الشرط فلعموم «المسلمون عند شروطهم»^(١) اختاره الشيخ وأتباعه إلا القاضي ابن البراج ، وبه قطع المحقق والشهيدان ، وستأتي الأخبار الدالة عليه إن شاء الله تعالى . و(رابعها) عكسه ، وهو أنهما يتوارثان مالم يشترط سقوطه ، فيكون المقتضى للارث هو العقد بشرط لاشيء ، ولو اشترط ثبوته كان اشتراطاً لما يقتضيه العقد ، وإلى هذا القول ذهب المرتضى وابن أبي عقيل ، أما ثبوت التوارث مع انتفاء شرط السقوط ، فلعموم الآية^(٢) ، وأما السقوط مع الشرط ، فلعموم «المؤمنون عند شروطهم» وقد استدلل عليه أيضاً بموثقة محمد بن مسلم^(٣) الآية إن شاء الله تعالى . والواجب نقل ما وصل إلينا من روايات المسألة ، ثم الكلام فيها بما وفق الله سبحانه فهمه منها .

الأول : ما رواه في الكافي^(٤) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر في الصحيح أو الحسن عن أبي الحسن الرضا عليه السلام قال : تزويج المتعة نكاح بميراث ، و نكاح بغير ميراث ، إن اشترطت كان ، وإن لم يشترط لم يكن .

ورواه الحميري في قرب الإسناد^(٥) عن أحمد بن عيسى عن أحمد بن محمد بن أبي نصر ، قال في الكافي بعد نقل الخبر المزبور : و روى أيضاً «ليس بينهما ميراث

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٩ .

(٢) سورة النساء - آية ١٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٤ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ١٠ .

(٥) قرب الإسناد ص ١٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ١ .

إشترط أولم يشترط .

الثاني : مارواه في الكافي^(١) أيضاً في الموثق عن محمد بن مسلم «قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول في الرجل يتزوج المرأة متعة : إنهما يتوارثان مالم يشترطا ، وإنما الشرط بعد النكاح .

ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن صفوان بن يحيى بن بكير عن محمد بن مسلم^(٢) «قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : . . . » الحديث .

ورواه ابن إدريس في مستطرفات السرائر نقلاً من كتاب عبد الله بن بكير ، وحمله الشيخ على أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا الأجل ، وأيده بما تقدم في رواية أبان بن تغلب^(٣) إن لم يشترط كان تزويج مقام .

الثالث : من الكتاب المذكور عن أبي عمير^(٤) في الصحيح أو الحسن عن عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال : «فإن أحدث به حدث لم يكن لها ميراث .»

الرابع : مارواه الشيخ في الصحيح عن محمد بن مسلم^(٥) «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام : كم المهر ؟ يعني في المتعة ، فقال : ما تراضيا عليه - إلى أن قال : - وإن اشترطا الميراث فهما على شرطهما .»

ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن عاصم عن محمد بن مسلم «قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام . . . » الحديث إلى آخره .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١ .

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٦ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٦ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٣ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٦ وفيه «وإن اشترطت» ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٥ .

الخامس : مارواه أيضاً عن عمر بن حفظة^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث في المتعة قال : «وليس بينهما ميراث» .

السادس : ويسنده عن سعيد بن يسار^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن الرجل يتزوج المرأة متعة ولم يشترط الميراث ؟ قال : ليس بينهما ميراث ، يشترط أولم يشترط ،^(٣) .

وحمله الشيخ على اشتراط سقوط الميراث وقال : وإنما يحتاج ثبوته إلى شرط ، لارتفاعه ، وأيده في الوافي بأنه لما كان المتعارف اشتراطه في هذا العقد ففي التوارث لإثباته ، كما مضى في عدة أخبار حمل قوله «اشترط أولم يشترط» على ذلك . السابع : مارواه أيضاً عن عبد الله بن عمر^(٤) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال : حلال من الله ورسوله ، قلت : فما حدها ؟ قال : من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك ، الحديث .

الثامن : مارواه في الفقيه عن موسى بن بكير عن زرارة^(٥) عن أبي جعفر عليه السلام في حديث قال : «ولا ميراث بينهما في المتعة إذا مات واحد منهما في ذلك الأجل» . ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن موسى بن بكير عن زرارة^(٦) عن أبي جعفر عليه السلام .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٦٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٧ .

(٣) ورواه الحسين بن سعيد في كتابه عن النضر عن عاصم عن محمد بن مسلم قال سألت أبا عبد الله عليه السلام - إلى آخره . (منه - قدس سره -) . الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٦ ح ٤ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ٨ وفيهما «عبد الله بن عمرو» .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٧ ح ١٠ .

(٦) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٦ ح ٢٣ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩١ ب ٢٤ ح ١ .

التاسع : ما صرح به الرضا عليه السلام في كتابه الفقه الرضوي ^(١) حيث قال : أعلم أن وجوه النكاح الذي أمر الله عز وجل بها أربعة أوجه منها نكاح بميراث ، وهو بولي وشاهدين ومهر معلوم - إلى أن قال : - والوجه الثاني نكاح بغير شهود ولا ميراث ، وهي نكاح المتعة بشروطها. .. إلى آخر عبارته المتقدمة في المسألة الأولى. إذا عرفت ذلك فاعلم أن ممّا يدلّ على القول الثاني الرواية السادسة والسابعة ، والتقريب في الثانية منهما أنه عليه السلام جعل نفى التوارث من حدود نكاح المتعة ، بمعنى أن عقد المتعة لا يقتضي التوارث ، إلا أن غاية ما تدلّ عليه هو عدم التوارث بالعقد ، ولا ينافيه ثبوت الارث بالشرط الخارج عن العقد ، وحينئذٍ فلا تكون هذه الرواية منافية لما دلّ على ثبوته بالشرط ، كما هو القول الثالث .

وأما ما قيل في وجه الاستدلال بالرواية المذكورة من أنه عليه السلام نفى التوارث من الجانبين وجعله من حدود المتعة ومقتضياتها ، فوجب أن لا يثبت بها توارث إنما مع عدم الاشتراط بعدم فواضح ، وأما مع شرط الارث فلا أنه شرط ينافي مقتضى العقد على ما دلّ عليه الحديث ، فوجب أن يكون باطلاً .

ففيه أنه في صورة شرط الارث إنما يحصل المنافاة لمقتضى العقد لو كان العقد يقتضي عدم الارث ، وقد عرفت أن غاية ما يدلّ عليه الخبر هو عدم اقتضاء الارث ، لا اقتضاء عدمه ، والمنافاة إنما تحصل بناءً على الثاني لا الأول ، إذ معنى قوله عليه السلام « من حدودها أن لا ترثها ولا ترثك » هو أن من حدودها ومقتضياتها أن عقدها لا يقتضي الارث ، لأنه يقتضي عدم التوارث ، والفرق بين الأمرين ظاهر .

وممّا يدلّ على القول الثالث الرواية الأولى والرابعة ، وهما مع صحة سندهما ظاهرهما الدلالة على القول المذكور .

وممّا يدلّ على القول الرابع الرواية الثانية ، وقد عرفت حمل الشيخ لها على أن المراد بالشرط إشتراط الأجل ، بمعنى أنهما يتوارثان إذا لم يشترطا

(١) فقه الرضا ص ٢٣٢ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩١ ب ٢٣ ح ٥ .

الأجل ، فإن العقد بدون الأجل يصير دائماً كما تقدم ، ولا بأس به جمعاً بين الأخبار. ولعل أقرب هذه الأقوال هو القول الثالث لما عرفت من قوة دليله سنداً ومتناً. ولا ينافيه إلا الرواية السادسة ، وإلا فالسابعة قد عرفت أنه لا منافاة فيها، والرواية الثمانية بما ذكرناه من حملها على ما ذكره الشيخ يرتفع المنافاة منها ، والرواية الثالثة غاية ما تدل عليه أنه لا ميراث بمقتضى العقد ، وهو موافق للقول المذكور ، وكذلك الرواية الخامسة فإن المعنى فيها أنه ليس بينهما توارث ، يعني بمقتضى العقد ، ولا ينافيه ثبوته بالشرط ، وكذلك الرواية الثامنة والتاسعة ، فإن مقتضى الجميع أنه لا توارث بمقتضى العقد كما في النكاح الدائم ، وهو أحد جزئي المدعى ، وحينئذ فتتخلص المنافاة في الرواية السادسة ، والشيخ - رحمه الله عليه - قد حملها على أن المراد إشتراط نفي الميراث ولم يشترط ، وهو وإن كان لا يخلو من بُعد إلا أنه في مقام الجمع بين الأخبار لا بأس به ، لئلا ينافي ما دل على ثبوت الميراث مع الشرط .

وبما حررناه في المقام ، يظهر أن أظهر الأقوال المذكورة - بعد رد هذه الأخبار بعضها إلى بعض حسبما عرفت - هو القول المزبور ، إلا أنه ربما أشكل من وجه آخر ، وهو أن الإشتراط ليس بسبب شرعي في ثبوت الارث ، وأسباب الارث محصورة و ليس هذا منها ، وما ليس بسبب شرعي لا يمكن جعله سبباً ، ولا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجية ، ولا يقتضي ميراث الزوجية إلا الآية ، فإن اندرجت المتعة في الزوجية التي دلت الآية على ثبوت الارث لها ورثت على كل حال وإن لم يشترط ثبوته ، وبطل شرط نفيه ، وإن لم تندرج في الزوجية التي في الآية لم يثبت بالشرط لأنه شرط تورث من ليس بوارث ، وهو باطل قطعاً ، وربما حمل الخبران لأجل ما عرفت على إرادة الوصية بإشتراط الارث في عقد المتعة ، فيكون كالارث ، لإثباتاً حقيقياً .

واجب عن الاشكال المذكور بأنه لما كان الخبران المذكوران مع اعتبار

سنديهما واضحا الدلالة على المدعي، والمستفاد منهما كون اشتراط الميراث سائغاً لازماً فيثبت به، وإن كان أصل الزوجية لا يقتضيه، والواجب تخصيص الآيات الدالة على ميراث الزوجة بهما كما خصصت في الزوجة الذميمة إذا أسلمت تحت كافر، برواية أن الكافر لا يرث المسلم، ومن ذلك يعلم الجواب عن قوله «ولا مقتضى للتوارث هنا إلا الزوجية... إلى آخره، فإنه مسلم إلا أنها بدون الشرط مخصوصة بالردائين المذكورتين بمعنى أن الآيات وإن دلت على كونها زوجة، والزوجية تقتضي الميراث، إلا أن الخبرين دلالة على تخصيص الميراث بالشرط، فيجب تخصيص الآيات بهما، فمع الاشتراط تدخل في عموم الآيات لعدم المقتضى للتخصيص، ومع عدمه يجب إخراجهما من العموم بالخبرين، نعم هذا الحكم غريب لعدم النظر، إلا أن الجمع بين الأدلة يقتضيه، فلا بُد فيه، وليس بعده^(١) إلا إطراح الخبرين مع ما هما عليه من جودة الاسناد والدلالة على المراد.

وأما قوله «إن الاشتراط ليس بسبب شرعي في ثبوت الإرث... إلى آخره، فإنه مردود بأنه بعد دلالة النص على ذلك لا وجه لهذا الكلام لما تضمنته من الرد على الامام عليه السلام حيث جمعه سبباً في ذلك، والأسباب لا تنحصر في دلالة الكتاب فهو وإن لم يثبت بالكتاب إلا أنه ثبت بالسنة.

وبالجملة فالنظر في أخبار المسألة بالتقريب الذي قدمناه في حمل بعضها على بعض يقتضي العمل بالقول المذكور.

ومما يتفرع على القول المذكور أنهما لو اشترطا التوارث لأحدهما دون الآخر فإن مقتضى الخبرين العمل بشرطهما، وله نظائر في الأحكام كما في إرث المسلم الكافر دون العكس، وإرث الولد المنفي باللعان إذا اعترف به الأب بعد ذلك فإن الولد يرثه وهو لا يرث الولد، والله العالم.

الخامسة: يختلف الأصحاب في عدة المتمتع بها متى دخل بها الزوج وانقضت

(١) الظاهر أن في العبارة سقطاً وهو أنه ليس بعده أزيد أو أبعد من أطراح الخبرين.

مدتها ، أو وهبها إياها ولم تكن يائسة وكانت ممن تحيض على أقوال : ومنشأ هذا الاختلاف اختلاف الروايات في المسألة .

(فأحدها) - وهو قول الشيخ في النهاية وجمع من الأصحاب منهم ابن البراج في كتابيه وسأله والمحقق في الشرايع والشهيد في اللمعة وغيرهم - أنها حيضتان فإن كانت في سن من تحيض ولا تحيض فخمسة وأربعون يوماً .

ويدل على هذا القول ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن إسماعيل ابن الفضل قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة ، فقال : إني عبد الملك ابن جريح فأسأله عنها ، فإن عنده منها علماً ، فلقيته فأملئ علي منها شيئاً كثيراً في استحلالها ، فكان فيما روى لي ابن جريح قال : ليس فيها وقت ولا عدد ، إنما هي بمنزلة الاماء يتزوج منهن كم شاء ، وصاحب الأربع نسوة يتزوج منهن ما شاء بغير ولي ولا شهود ، فإذا انقضى الأجل بانته منه بغير طلاق ، ويعطيها الشيء اليسير ، وعدتها حيضتان ، وإن كانت لا تحيض فخمسة وأربعون يوماً . فأثبت بالكتاب أبا عبد الله عليه السلام فعرضت عليه ، فقال : صدق وأقر به ، قال ابن اذينة : وكان زرارة بن أعين يقول هذا ويحلف أنه الحق ، إلا أنه كان يقول : إن كانت تحيض فحيضة ، وإن كانت لا تحيض فشهر ونصف .

ويدل على ذلك أيضاً ما رواه العياشي في تفسيره^(٢) عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في المتعة إلى أن قال : «ولا تحل لغيرك حتى تنقضي عدتها ، وعدتها حيضتان» . وما رواه الحسين بن سعيد في كتابه على ما نقله في كتاب البحار^(٣) عن النضر عن عاصم بن حميد عن أبي بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن المتعة ، فقال : نزلت في القرآن - إلى أن قال : - فلا تحل لغيرك حتى تنقضي لها عدتها ، وعدتها حيضتان .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨ .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٣٣ ح ٨٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٧ ح ٦ .

(٣) البحار ج ١٠٣ ص ٣١٥ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٧ ح ٦ .

ولم أقف على من استدلّ بهذه الأخبار لهذا القول ، وإنما استدلّ له في المسالك والروضة برواية محمد بن الفضيل^(١) عن أبي الحسن الماضي عليه السلام قال: طلاق الأمة تطليقتان وعدتها حيضتان، قال: وروى زرارة^(٢) في الصحيح عن الباقر عليه السلام «أنّ على المتعة ما على الأمة» ثمّ قال: فيجتمع من الروايتين أنّ عدة المتعة حيضتان. ولا يخفى ما فيه سيّما مع اختلاف الروايات في الأمة التي جعلوها أصلاً للمتعة ، على أنّ صحيحة زرارة التي ذكرها وإن أوهمت ما ذكره باعتبار ما نقله منها إلّا أنّها بملاحظة ما تقدم منها على هذه العبارة غير دالة على ما أراد .

فإن صورة الرواية هكذا : زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : و عدة المطلقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة ، وكذلك المتعة عليها مثل ما على الأمة ، وظاهر هذه الرواية أنّ المماثلة بين المتعة والأمة إنّما هو في الاعتداد بالأشهر لا الحيض ، إذ لا تعرض فيها للحيض بالكليّة كما هو ظاهر .

و (ثانيها) إنّها حيضة واحدة ذهب إليه ابن أبي عقيل ، ويدلّ عليه من الأخبار ما رواه في الكافي في الصحيح أو الحسن عن ابن اذينة عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال: «عدة المتعة إنّ كانت تحيض فحيضة ، وإن كانت لا تحيض فشهر ونصف» . أقول: هكذا نقل الرواية في الوافي ، والذي في الكافي إنّما هو بهذه الصورة عن زرارة^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام أنّه قال : «إن كانت تحيض فحيضة ... إلى آخر ما تقدم» .

وبهذه الكيفيّة نقلها صاحب الوسائل ، وينبّه عليه أيضاً ما ذكره السيّد السند في شرح النافع بعد الرواية كما ذكرناه حيث قال: كذا في الوافي، وصدرها

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٠ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٣ ح ١ .

غير مذكور ، لكنّه أوردّها في أول باب عدة المتعة . إنتهى ، ومن ذلك ويعلم أنّ ما نقله في الوافي من الزيادة في أدلّها اجتهاد منه كما هي عادته غالباً .

و كيف كان فإنّ صاحب الكافي لم يورد في هذا الباب من روايات الاعتداد بالحيض إلّا هذه الرواية ، وربّما أشعر ذلك بأنّ مذهب الاكتفاء بالحیضة الواحدة كما هو المنقول عن ابن أبي عقيل ، وقد عرفت في عجز صحيحة إسماعيل بن الفضل^(١) أو حسنة ما نقله ابن اذينة عن زرارة من أنّ مذهب في العدة بالحیض ، القول بالحیضة الواحدة ، والظاهر أنّ معتمد زرارة على هذه الرواية ، و الراوي لها عنه ابن اذينة كما عرفت ، و في جميع ذلك نوع تقوية لهذا القول كما لا يخفى .

ومما يدلّ على هذا القول أيضاً ما رواه في الكافي^(٢) عن عبدالله بن عمر قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المتعة - الحديث كما تقدم في سابق هذه المسألة ، وهو الحديث السابع ، إلى أن قال في آخره - قال : فقلت : فكم عدتها ؟ فقال : خمسة وأربعون يوماً أو حيضة مستقيمة .

وما رواه في كتاب قرب الإسناد^(٣) عن أحمد بن محمد بن عيسى عن أحمد بن محمد ابن أبي نصر عن الرضا عليه السلام قال : سمعته يقول : قال أبو جعفر عليه السلام : عدة المتعة حيضة ، وقال : خمسة وأربعون يوماً لبعض أصحابه .

و يؤيّد ما رواه في الكافي^(٤) عن أبي بصير قال : لا بدّ من أن تقول في هذه الشروط : أتزوجك متعة كذا وكذا يوماً بكذا وكذا درهماً نكاحاً غير سفاح على كتاب الله عز وجل وسنة نبيّه ﷺ وعلى أن لا ترثيني ولا أرتك ، وعلى أن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٥ ، ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٣ ح ٤ .

(٣) قرب الإسناد ص ١٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٥٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٣ ح ٦٣ مع إختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٧ ح ٤ مع إختلاف يسير .

تعتدي خمسة وأربعين يوماً، وقال بعضهم : حيضة .

أقول: قوله «وقال بعضهم» إما من كلام صاحب الكافي أو من أحد الرواة للخبر. وروى الطبرسي أبو منصور أحمد بن أبي طالب في كتاب الاحتجاج^(١) عن محمد ابن عبد الله بن جعفر الحميري عن صاحب الزمان صلوات الله عليه أنه كتب إليه في رجل تزوج امرأة بشيء معلوم إلى وقت معلوم ، وبقي له عليها وقت فجعلها في حل مما بقي له عليها ، وقد كانت طمشت قبل أن يجعلها في حل من أيامها بثلاثة أيام ، أيجوز أن يتزوجها رجل آخر بشيء معلوم إلى وقت معلوم عند طهرها من هذه الحيضة ، أو يستقبل بها حيضة أخرى؟ فأجاب عليه السلام : يستقبل بها حيضة غير تلك الحيضة ، لأن أقل العدة حيضة وطهرة تامة. وفي بعض النسخ «وطهارة» .

وهذه الرواية أيضاً ظاهرة في هذا القول، والمعنى في قوله «لأن أقل العدة ... إلى آخره» أن العدة عبارة عن حيضة كاملة حتى تطهر منها .

(والتالها) أنها حيضة ونصف ، وهو مذهب الصدوق في المقتنع حيث قال: وإذا تزوج الرجل امرأة متعة ثم مات عنها فعليها أن تعتد أربعة أشهر وعشره أيام ، وإذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة ، وإن مكثت عنده أياماً فعليها أن تحدد وإن كانت عنده يوماً أو يومين أو ساعة من النهار فتعتد ولا تحدد ، إنتهى .

وهو مضمون ما رواه في الفقيه^(٢) في الصحيح عن صفوان عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها هل عليها العدة؟ قال : تعتد أربعة أشهر وعشراً ، فإذا انقضت أيامها وهو حي فحيضة ونصف مثل ما يجب على الأمة قال: قلت: فتحدد؟ قال : فقال: نعم إذا مكثت

(١) الإحتجاج ج ٢ ص ٣١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٧ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٣ وفيه «وجبت العدة كملاً» ،

الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٤ ح ٥ .

عنده أَيْاماً فعليها العدة وتحدّ، وأما إذا كانت عنده يوماً أو يومين أو ساعة من النهار فقد وجبت العدة ولا تحدّ،^(١).

ورواه الشيخ في التهذيب عن محمد بن أحمد عن علي الميثمي عن صفوان إلى آخر ما تقدم .

و(رابعها) إنها طهران، وهو اختيار الشيخ المفيد وابن إدريس والعلامة في المختلف، وهو ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك، ولم أقف بعد التتبّع على خبر يدلّ على هذا القول، وإنّما استدللّ له في المختلف بما رواه الشيخ عن ليث المرادي^(٢) قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: كم تعتدّ الأمة من ماء العبد؟ قال: بحيضة. قال في المختلف في تقرير الاستدلال بهذا الخبر: والاعتبار بالقرء الذي هو الطهر بحيضة واحدة يحصل قرءان، القرء الذي طلقها فيه، والقرء الذي بعد الحيضة، والمتمتّع بها كالأمة، إنتهى .

ومرجعه إلى حمل المتمتّع بها على الأمة، وعلى ذلك حمل الخبر في التهذيب أيضاً واعترضه السيّد السند في شرح النافع وقبله جده في المسالك بأنّ فيه نظراً، فإنّ الحيضة تتحقّق بدون الطهرين معاً فضلاً عن أحدهما كما لو أتاها الحيض بعد انتهاء المدة بغير فصل، فإنّ الطهر السابق منتفٍ، وإذا انتهت أَيْام الحيض تحققت الحيضة التامة وإن لم يتمّ الطهر، بل بمعنى لحظة منه، ومثل هذا لا يسمّى طهراً في اعتبار العدة، وإن اكتفى به سابقاً على الحيض، إنتهى .

واستدلّ له في المسالك بحسنة زارة^(٣) عن الباقر عليه السلام وفيها «إن كان حرّاً

(١) أقول: ما دلّ عليه هذا الخبر وإن أفتى به في المنع من التفصيل في الحد ولا أعرف له وجهاً، وبذلك صرح العلامة في المختلف فقال بعد نقل كلامه ونقل الرواية المذكورة: وفي التفصيل أشكال وهو في محله . (منه - قدس سره) .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٣٥ ح ٦٧، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٠ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٧ ح ١، التهذيب ج ٨ ص ١٣٤ ح ٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦٩ .

تحتة أمة فطلاقتها تطليقتان ، وعدتها قرآن مضافاً إلى صحيحة زرارة المتقدمة^(١) الدالة على «أن» على المتمتعة ماعلى الأمة» قال : و هذه أوضح دلالة من الاولى ، وأشار بالاولى إلى رواية محمد بن الفضيل التي قدمنا نقلها عنه دليلاً على القول الأول ، قال : لأنها حسنة ، ومحمد بن الفضيل الذي يروى عن الكاظم عليه السلام ضعيف ، وإن كان العمل بها أحوط لأن العدة بالحیضتين أزيد منها بالقرءين ، إنتهى .

وأنت خبير بما في هذا الاستدلال من الوهن و الاختلال أما (أولاً) فلأن حسنة زرارة التي استدلت بها إنما تضمنت القرءين ، وهو كما يطلق على الطهرين يطلق على الحيضتين لغةً وشرعاً كما قد استفاد في الأخبار ، وسيأتي تحقيقه في محله إن شاء الله .

ومع الانحاض عن ذلك فقد عرفت أن ما دلت عليه صحيحة زرارة من أن على المتمتعة ما على الأمة إنما هو بالنسبة إلى الاعتداد بالأشهر لا بالاقراء ، حیضاً كانت أو أطهاراً .

وأما (ثانياً) فلأن الحمل على الأمة مع اختلاف الأخبار فيها أيضاً بالطهرين أو الحيضتين ، أو الحيضة ونصف كما سلف في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج التي بها أفتى الصدوق في المقنعة و اختلاف كلمة الأصحاب كذلك مما لا يجدي نفعا ، ولا يشمر ترجيحاً ، والحيضتان في الأمة ليس مختصاً برواية محمد بن الفضيل حتى أنه يرجح حسنة زرارة عليها بل هو مدلول صحيحة محمد بن مسلم وصحيحة زرارة كما سيأتي تحقيقه في تلك المسألة إن شاء الله تعالى .

وبالجملة فإن كلامه وغيره في هذا المقام مبني على هل المتمتعة بها على الأمة ، وقد عرفت ما فيه ، والقول الأول قد عرفت قوة مستنده ، وصراحة الروايات مع صحتها به ، والقول الثاني و الثالث أيضاً ظاهران من الأخبار التي قدمناها ، ومن أجل ذلك حصل الاشكال إذ لا أعرف وجهاً للجمع بينها على وجه يشفي

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٥ ح ٢ .

العليل ، و يبرد الغليل ، والحمل على التقيّة هنا مغلق بابيه ومسدل حجابه ، إلّا أن يكون بالمعنى الآخر الذي تقدمت الإشارة اليه مراراً ، لكنّه غير معلوم في أيّ هذه الأقسام ، وظاهر جملة من أفاضل متأخري المتأخريين كالسيد السند في شرح النافع والمحدث الكاشاني في المفاتيح والفاضل الخراساني في الكفاية التوقف في المسألة. وربما جمع بين الأخبار ^(١) بحمل ما زاد على الحيضة على الاستحباب ، وجعله السيد السند الأول في الجمع بينهما ، وجعل الاحتياط في الحيضتين ، وهو جيد ، و ظاهر المحدث الشيخ محمد بن الحسن الحرّ العاملي في الوسائل اختيار مذهب الشيخ المفيد تبعاً للجماعة المتقدم ذكرهم استناداً إلى الأخبار الدالة على تفسير الاقراء المعبرة في العدد بالأطهار ، واتّفاق الأصحاب على اعتبار الأطهار في العدة ، وتفسير الاقراء التي تضمنتها الآية بها ، وعدم عملهم على ما قبلها من روايات الحيض بل حملها على التقيّة كما ذكره الشيخ .

وفيه (أولاً) إنّه وإن كان الأمر كما ذكره من حمل الروايات الدالة على تفسير الاقراء بالحيض على التقيّة وعدم عملهم عليها ، إلّا أن ذلك إنّما وقع لهم في مسألة الزوجة التي يجب عليها العدة بثلاثة أقراء ، والروايات إنّما اختلفت في أنّه هل المراد بالاقراء هنا هي الأطهار أو الحيض ، إنّما هو في هذه المسألة و اتّفاق الأصحاب على أن المراد بالاقراء هي الأطهار لا الحيض إنّما هو ثمة دون ما نحن فيه ، ونحن إنّما صرنا إلى العمل بتلك الأخبار في تلك المسألة لاتّفاق الأصحاب ، واعتضاد تلك الأخبار به ، وهذا مفقود فيما نحن فيه لما عرفت من الاختلاف في هذه المسألة ، والحمل على التقيّة في هذه المسألة غير ميسر لعدم قول

(١) وبه صرح شيخنا المجلسي - قدس سره - في حواشيه على التهذيب حيث قال بعد نقل الأقوال : وحمل الزائد على الحيضة على الإستحباب لا يخلو من قوة ، والأحوط رعاية الحيضتين ، وهو الذي صرح به السيد السند في شرح النافع كما عرفت في الأصل .

(منه - قدس سره -) .

العامة بها ، فردت تلك الأخبار المعارضة في تلك المسألة من هذه الحيثية لا يستلزم ردها مطلقاً .

(ثانياً) إنك قد عرفت دلالة جملة من الروايات الصحيحة الصريحة على الحيضتين ، وجملة أخرى على الحيضة ، وصحيحة عبدالرحمن على الحيضة والنصف ، والعمل بهذا القول مع عدم الدليل الواضح عليه إلا مجرد هذا التخريج السحيق يستلزم طرح جملة تلك الأخبار ، مع ما هي عليه من الصراحة وصحة أكثرها ، وهذا لا يلتزمه محصل .

وبالجملة فإنني لأعرف لهذا القول وجهاً يعتمد عليه ، وكيف كان فالاحتياط بالعمل بأخبار الحيضتين عندي متعين ، فإنه أحد المرجحات الشرعية في مقام اختلاف الأخبار ، والله العالم .

السادسة : قد اختلف الأصحاب في عدة المتعة من الوفاء لومات الزوج في المدة المعينة بينهما ، والكلام هنا يقع في مقامين :

الاول : أن تكون الزوجة المتمتع بها حرة و المشهور أن عدتها أربعة أشهر وعشرة أيام إن لم تكن حاملاً ، وإلأبأ بعد الأجلين منها ومن وضع الحمل كالدائم . وذهب جمع من الأصحاب - منهم المفيد والمرضى وسائر وابن أبي عقيل - إلى أن عدتها شهران و خمسة أيام .

وإحتج القائلون بالاول بعموم قوله عز وجل "والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجاً" (١) الآية ، والزوجة صادقة على المتمتع بها بلا خلاف ولا إشكال ، وما تقدم في صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج (٢) من قوله " سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المرأة يتزوجها الرجل متعة ثم يتوفى عنها ، هل عليها العدة ؟ فقال : تعتد "

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٤ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ص ١٤٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ١ .

أربعة أشهر وعشراً ، الحديث .

و مارواه في الفقيه ^(١) في الصحيح عن ابن اذينة عن زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام ما عدة المتعة إذا مات عنها الذي يتمتع بها ؟ قال : أربعة أشهر وعشراً ، قال : ثم قال : يا زرارة كل النكاح إذا مات الزوج فعلى المرأة حرة كانت أو أمة وعلى أي وجه كان النكاح منه متعة أو تزويجاً أو ملك يمين فالعدة أربعة أشهر وعشراً ، وعدة المطلقة ثلاثة أشهر ، والأمة المطلقة عليها نصف ما على الحرة وكذلك المتعة عليها ما على الأمة .

والذي يدل على القول الثاني مارواه الشيخ ^(٢) عن علي بن حسن الطاطري عن علي بن عبدالله بن علي بن شعبة الحلبي عن أبيه عن رجل عن أبي عبدالله عليه السلام : سألت عن رجل تزوج امرأة متعة ثم مات عنها ، ما عدتها ؟ قال : خمسة وستون يوماً .

وردها المتأخرون بضعف الاسناد سيما بالطاطري ، فإن الشيخ ذكر في الفهرست أنه كان واقفياً شديداً العناد في مذهبه صعب العصبية على من خالفه من الامامية ، وأجاب الشيخ عنها بالحمل على ما إذا كانت أمة ، لما سيأتي إن شاء الله تعالى من أن عدة الأمة من الوفاة هذا القدر ، ولا بأس به جمعاً بين الأخبار .

بقي من أخبار هذه المسألة مارواه الشيخ ^(٣) عن علي بن يقطين عن أبي الحسن عليه السلام قال : عدة المرأة إذا تمتع بها فمات عنها زوجها خمسة وأربعون يوماً .

وهذا الخبر لا ينطبق على شيء من القولين المذكورين ، وسمعه الشيخ على موت الزوج في العدة بعد انقضاء الأجل ، وهو جيد ويؤنس به ، عطف الموت بالفاء

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٩٦ ح ٢٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٨ ح ١٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٥ ح ٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٧ ح ١٤٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٨٤ ح ٣ .

على المتمتع بها ، فكأنه في معنى أن موته وقع على أن تمام المتمتع بانقضاء الأجل .
 الثاني : أن تكون أمة ، والمشهور أن عدتها شهران وخمسة أيام ، نصف
 عدة الحرة إذا كانت حاملاً ، وتدل عليه الأخبار الكثيرة الدالة على أن عدة الأمة
 في الوفاة زوجة دائمة كانت أو متعة شهران وخمسة أيام .

ومن ذلك ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام
 قال : الأمة إذا توفى عنها زوجها فعدتها شهران وخمسة أيام .

وعن الحلبي ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : عدة الأمة إذا توفى عنها زوجها
 شهران وخمسة أيام ، وعدة المطلقة التي لا تحيض شهر ونصف .

وعن أبي بصير ^(٣) قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : عدة الأمة التي يتوفى عنها زوجها
 شهران وخمسة أيام ، وعدة الأمة المطلقة شهر ونصف .

وبهذا المضمون موثقة سماعة ، وعلى هذه الروايات حمل الشيخ رواية ابن
 أبي شعبة المتقدمة فخصص المرأة بالأمة لمناسبتها لها في العدة .

وذهب جمع من الأصحاب منهم ابن إدريس والعلامة في المختلف إلى أن
 عدة الأمة في الوفاة عدة الحرة مطلقاً .

قال في المسالك : وفي صحيحة زرارة السابقة ما يدل عليه ، ويشكل بمعارضتها
 بهذه الأخبار الكثيرة ، وربما كانت أصح سنداً وإن شاركتها في وصف الصحة ،
 وأشار بصحيحة زرارة السابقة إلى صحيحته المتقدمة في المقام الأول ، وهو قوله « يا
 زرارة كل النكاح إذا مات الزوج ، إلى آخره ، وفحوى كلامه يدل على أنه لا
 مستند لهذا القول إلا هذه الصحيحة مع أن الروايات الدالة عليه كثيرة .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٩ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٤ ح ١٣٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٦ .

ومنها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح عن سليمان بن خالد قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة إذا طلقت ما عدتها؟ إلى أن قال: قلت: فأن توفي عنها زوجها؟ فقال: إن علياً عليه السلام قال: في أمهات الأولاد لا يتزوجن حتى يعتدن أربعة أشهر وعشراً وهن إماء.

وما رواه في الكافي والفقيه^(٢) عن الحسن بن محبوب عن وهب بن عبد ربه عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألته عن رجل كانت له أم ولد، فزوجها من رجل فأولدها غلاماً، ثم إن الرجل مات فرجعت إلى سيدها، أله أن يطأها؟ قال: تعتد من الزوج الميت أربعة أشهر وعشرة أيام، ثم يطأها بالملك بغير نكاح، وطريق الصدوق إلى حسن بن محبوب صحيح، فتكون الرواية صحيحة.

وما رواه في التهذيب^(٣) عن سليمان بن خالد في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام قال: عدة المملوكة المتوفى عنها زوجها أربعة أشهر وعشراً.

وبالجملة فالروايات في المقام مختلفة، والشيخ قد جمع بينها بحمل هذه الروايات الدالة على عدة الحرة على أمهات الأولاد، والأخبار الدالة على التصنيف على غيرها من الإماء، وهذا الحمل لا يجري في صحيحة وهب بن عبد ربه، وهو ظاهر، لكون العدة عن الرجل الذي زوجه السيد، ولاموثقة سليمان بن خالد المصراحة بأن المتوفى الزوج لا السيد، ودلالة الروايات من الطرفين إنما هو باعتبار إطلاق الأمة المتوفى عنها زوجها الشامل للزوجة الدائمة والمتمتع بها، وأم الولد بالنسبة إلى سيدها لا تدخل في ذلك وبالجملة فالمسألة محل

(١) الكافي ج ٦ ص ١٧٠ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ح ١.

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٧٢ ح ١٠، التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣٠، الفقيه ج ٤ ص ٢٤٦ ح ٦ مع تفاوت يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٢ ح ٣.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٥٣ ح ١٣١، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧٣ ح ٥.

توقف وإشكال .

قال في المسالك : و لو كانت الأمة حاملاً اعتدت بأبعد الأجلين من المدة المذكورة و وضع الحمل ، أما إذا كانت الأشهر الأبعد ، فظاهر ، للتحديد بها في الآية و الرواية ، و أما إذا كان الوضع أبعد فلامتناع الخروج عن العدة مع بقاء الحمل ، لأنه أثر ما الميِّت الذي يقصد بالعدة إزالته ، ولعموم قوله تعالى «وإولات الاحمال أجلهن أن يضعن حملهن» ^(١) فلا بد من مراعاة المقامين ، و ذلك بأبعد الأجلين ، إنتهى .

أقول : وسيأتي تحقيق المسألة إن شاء الله تعالى في المحل اللائق به ، والله العالم .
السابعة : لاريب في جواز تجديد العقد عليها بعد الأجل وإن كانت في العدة سواء أراد العقد عليها دواماً أو متعة ، وهذا مخصوص به ، أما غيره فلا يجوز له العقد عليها إلا بعد تمام العدة .

ويدل على ذلك ما رواه في الكافي ^(٢) عن أبي بصير في الصحيح أو الموثق «قال : لا بأس بأن تزيدك وتزيدها إذا انقطع الأجل فيما بينكما ، تقول لها : استحللتك بأجل آخر برضاً منها ، ولا يحل ذلك لغيرك حتى تنقضي عدتها الخبر .
ولا يصح قبل انقضاء أجلها ، ولو أراد ذلك وهبها المدة الباقية من الأجل ، واستأنف العقد متعة أو دواماً ، وعلى ذلك يدل مفهوم الشرط في الخبر المتقدم .
وما رواه في الكافي ^(٣) عن أبان بن تغلب «قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : جعلت فداك الرجل يتزوج المرأة متعة فيتزوجها على شهر ثم إنتها تقع في قلبه فيحب أن

(١) سورة الطلاق - آية ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ١١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٥ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٥٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٨ ح ٧٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٧٨ ح ١ .

يكون شرطه أكثر من شهر، فهل يجوز أن يزيدها في أجراها ، ويزداد في الأيَّام قبل أن تنقضي أيَّامه التي شرط عليها؟ فقال: لا، لا يجوز شرطان في شرط، قلت: فكيف يصنع؟ قال: يتصدق عليها بما بقي من الأيَّام ثم يستأنف شرطاً جديداً. قوله **لا يجوز شرطان في شرط** قيل في معناه وجوه: (منها) إن الشرطان المدتان المتخالفتان والأجران المتباينان في شرط أي في عقد واحد، ذكره المحدث الكاشاني في الوافي.

(ومنها) ما ذكره المحدث الأمين الاسترأبادي قال: أي أجلا في عقد واحد، فلذا لا يجوز عقد جديد قبل انقضاء العقد الأول. (ومنها) ما ذكره المجلسي في حواشيه على الكافي، قال: لعل المراد بالشرط ثانياً الزمان على طريقة مجاز المشاكلة، وبالشرطين العقدين، أي لا يتعلق عقدان بزمان واحد.

ويحتمل أن يكون المفروض زيادة الأجل والمهر في أثناء المدة تمويلاً على العقد السابق من غير تجديد، فيكون بمنزلة اشتراط أجلين ومهرين في عقد واحد. أقول: الظاهر من هذه الوجوه هو ما ذكره المحدث الكاشاني. وربما بني الكلام هنا على الخلاف المتقدم في وجوب اتصال المدة بالعقد وعدمه، فإن قلنا بالأول امتنع حتى ينقضي أجلها، وإن قلنا بالثاني جاز العقد عليها قبل انقضاء الأجل، وهو جيد، إلا أن المحقق - مع تصريحه في الشرايع بجواز انفصال الأجل عن وقت العقد - صرح في النافع في هذه المسألة بأنه لا يصح العقد قبل انقضاء الأجل، واحتمال رجوعه عما أفتى به في الشرايع بعيد.

وما ذكرناه من عدم جواز تجديد العقد عليها قبل انقضاء الأجل هو المشهور بين الأصحاب، ونقل في المختلف عن ابن حمزة أنه قال: وإن أراد أن يزيده في الأجل جاز وزاد في المهر، وروي أنه يهب منها مدته ثم يستأنف، وأنه لا يصح ما ذكرناه أولاً.

ونقل في المختلف أنه احتج بأصالة الجواز السالم عن معارضة شغلها بعقد

غيره ، وكونها مشغولة بعقد لا يمنع من العقد عليها مدة أخرى كما لو كانت مشغولة بعده ، ثم قال في المختلف . ولا بأس به عندي ، ثم نقل عن ابن أبي عقيل أنه قال : لو نكح متعة إلى أيتام مسمّاة ، فإن أراد أن ينكحها نكاح الدائم قبل أن تنقضي أيتامه منها لم يجز ذلك ما لم تملك نفسها ، وهو أملك بها منها ما لم تنقض أيتامها ، فإذا انقضت أيتامها فشأت المرأة أن تنكح من ساعته جاز ، ولو وهب أيتامه ثم نكحها نكاح إعلان جاز ذلك .

قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : وهو يعضد قول ابن حمزة ، إلا أنه قيد بالإعلان .

أقول : ما ذكره . رحمه الله . من الاحتجاج لابن حمزة واختاره محض اجتهاد في مقابلة النصوص ، وهو مما منعت منه الشريعة على العموم والخصوص ، والخبران المتقدمان ظاهران في عدم جواز ذلك .

أما الأول فإنه يدل على ذلك بمفهوم الشرط الذي هو حجة عند محققى الأصوليين ، وعليه دلت جملة من الأخبار التي تقدمت الإشارة إليها مراراً . وأما الثاني فهو صريح في ذلك ، وبها يجب الخروج عن الأصل الذي استند إليه ، وقياسه العقد في الأجل على العقد في العدة قياس مع الفارق ، فإنها في الأجل زوجة ، وفي العدة تباين ، قد خرجت عن الزوجية بالكلفة ، وإنما وجبت العدة عليها لأجل استبراء رحمها ، ولو جدد العقد عليها لم يضر بالعلة في العدة ، بخلاف غيره ، ولو صح تجديد العقد عليها متعة في الأجل لصح ذلك دواماً إذ لا فرق بينهما إذ المقتضى للصحة أمر واحد فيهما مع أنه لا يقول به .

وبالجملة فإن ما اختاره من القول المذكور الموجب لرد الخبرين المذكورين مع ظهور دلالتهم وعدم المعارض لهما مما لا يلتزمه محصل ، وكان الواجب عليه الجواب عنهما ، وهو قد ذكر رواية أبان دليلاً للقول المشهور ، واختار ما ذكره ولم يتعرض للجواب عنها .

الثامنة : المشهور بين الأصحاب أنه لو اشترط المرأة المتمتع بها أن لا يطأها في الفرج لزم الشرط ولم يجزله الوطء ، ولو أذنت بعد ذلك جاز .
قال الشيخ في النهاية : إذا اشترط الرجل في حال العقد أن لا يطأها في فرجها لم يكن له وطؤها فيه ، فإن رضيت بعد العقد بذلك كان ذلك جائزاً، وجعله ابن إدريس رواية، وهو مؤذن بتوقفه في ذلك .

وظاهر العلامة في المختلف عدم الجواز وإن رضيت ، فإنه قال - بعد نقل كلام الشيخ في النهاية ونقل نسبة ابن إدريس ذلك إلى الرواية - ما لفظه : والشيخ عول على رواية عمار بن مردان^(١) عن الصادق عليه السلام قال : قلت : رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها ، فقالت : أزوجك نفسي على أن تلمس مني ما شئت من نظراً أو التماس وتناول مني ما ينال الرجل من أهله ، إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي و تتلذذ بما شئت فإني أخاف الفضيحة ؛ قال : لا بأس ، ليس له إلا ما اشترط ، ثم قال : والجواب نحن نقول بموجب الرواية ، وأنها لو اشترطت عليه عدم الاتيان في الفرج لزم ، وتمنع تسويغه بعد ذلك بالاذن ، انتهى .

أقول : فيه أن الشيخ لم يعول على هذه الرواية كما توهمه ، فإنها غير وافية بالاستدلال على ما قال ، بل دليله الذي اعتمد عليه إنما هو ما ذكره من الرواية مع ما رواه في التهذيب عن إسحاق بن عمار ، ورواه الصدوق في الفقيه^(٢) بطريقه إلى إسحاق بن عمار أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج بجماع عاتق على أن لا يفتقها ، ثم أذنت له بعد ذلك ، قال : إذا أذنت له فلا بأس .

وهي كما ترى ظاهرة بل صريحة في جواز الوطء بعد الاذن ، وطريق

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩١ ب ٣٦

ح ١

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٧ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ب ٣٦

ح ٢

الصدوق - رحمه الله - إلى إسحاق بن عمار صحيح ، ولكن لما كان إسحاق المذکور مشتركا بين الصيرفي الامامي الثقة ، وبين الفطحي الثقة ، فالخبر من الموثق .
وفي معنى خبر عمار بن مروان مارواه جماعة ^(١) أيضاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها ، فقالت : ازوجك نفسي على أن تلمس مني ماشئت من نظرو التماس وتنال مني ما ينال الرجل من أهله ، إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي ، وتلدن بما شئت ، فإني أخاف الفضيحة ، فقال : ليس له إلا ما اشترط .

والمفهوم من هذه الأخبار الثلاثة - بعد ضم بعضها إلى بعض - هو صحة الشرط المذکور ، وعدم جواز الجماع إلا مع الاذن بعد ذلك فإنه يجوز .
قال السيد السند في شرح النافع بعد ذكر روايات المسألة كمالاً : ويظهر من العلامة في المختلف عدم جواز مخالفة الشرط ، وإن رضيت بذلك ، وربما كان وجهه أن العقد لم يتشخص سوى ذلك بالشرط ، فلا يكون خلافه مندرجاً في العقد ، والمسألة محل إشكال وإن كان الجواز لا يخلو من رجحان ، إنتهى .
أقول : الظاهر أن العلامة لم يقف في وقت ما كتبه هنا في الكتاب المذکور على رواية إسحاق بن عمار الدالة على مدعى الشيخ كما سمعت ممّا نقلناه عنه ، وإنما استدلّ له بتلك الرواية الدالة على المنع من الوطء بالشرط وهو ممّا لا ريب فيه ، ولم يقف على ما دلّ على الجواز مع الاذن فهو معذور فيما ذهب إليه ، وإلا فلو أنه وقف على الرواية - ومع هذا اختار المنع - لأجاب عن الرواية المذكورة .

بقي الكلام معه في هذا الوجه الذي استدلّ به على المنع ، واستشكل لأجله مع نقله للخبر المذکور .

وفيه أنه لا ريب في كونها زوجة ، وأن الوطء حق لها ، فمتى أذنت جاز

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ب ٣٦ ح ١ .

والاعتماد على تشخيص العقد بذلك الشرط - فلا يكون خلافه مندرجاً في العقدت قد هدمنا بنيانه ، و زرعنا أركانه بالأخبار الكثيرة الصحيحة السريعة في صحة العقود المشتملة على الشروط الفاسدة مع بطلان تلك الشروط كما تقدم في غير مقام .

هذا مع تسليم جواز الاعتماد على أمثال هذه التعليقات العلية في تأسيس الأحكام الشرعية ، مع عدم المعارض لها من الأخبار ، و إلا فمع منعه سيما بعد وجود الخبر الصريح الصحيح بالاصطلاح القديم ، فالحكم أظهر من أن يعتريه شائبة الاشكال .

ثم إنه لا يخفى أن مورد هذه الروايات الثلاث هو الزوجة مطلقاً أعم من أن تكون دائمة أو متعة ، والظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في صحة هذا الشرط في عقد المتعة لعموم ما دل على الوفاء بالشروط ، وعدم ما يدل على المنافاة ، وما ربما يقال من أن مقتضى العقد إباحة الاستمتاع في كل وقت فتخصيصه ببعض الأوقات ينافيه ، مدفوع بأن ذلك إنما يقتضيه العقد المطلق أي المجرد عن الشرط ، لا مطلق العقد ، على أن ذلك لو تم لاقتضى عدم جواز اشتراط انتفاع البائع بالمبيع مدة معينة وإسقاط الخيار وما شاكل ذلك ، مما أجمع الأصحاب على صحة اشتراطه . وبعضه ما قدمنا تحقيقه في كتب المعاملات من أن الشروط كائنة ما كانت إنما هي بمنزلة الاستثناء الذي عرفوه بأنه إخراج ما لولاه لدخل ، فالمنافاة لأجل العقد حاصلة البتة ، ولا خصوصية له بهذا المكان كما يوهمه كلام هذا القائل . نعم يبقى الكلام والاشكال في صحة هذا الشرط وعدمه في النكاح الدائم ، والقول بلزوم الشرط وجواز الوطء مع الاذن في المنقطع والدائم للشيخ والمحقق في كتابيه وجماعة .

قال في النافع : لو شرطت أن لا يفتقها صح ولو أذنت بعده جاز ، ومنهم من خص الجواز بالمتعة ، وإنتهى .

والقول باختصاص صحة هذا الاشتراط بالمتعة ، وبطلانه بل بطلان العقد في الدائم ، للشيخ أيضاً وجماعة منهم العلامة في المختلف وولده في الشرح ، استدكوا على البطلان في الدائم بمنافاة هذا الشرط لمقتضى العقد ، إذ من أهم مقتضياته حصول التناسل ، وهو يستدعي الوطء ، وإذا فسد الشرط فسد العقد ، لعدم الرضاء به بدون الشرط .

أقول : لا يخفى أن الأخبار الثلاثة الواردة في المسألة شاملة بإطلاقها للنكاح الدائم والمنقطع ، وبها أخذ من قال بالعموم ، إلا أن الظاهر من روايتي عمارة وسماعة الاختصاص بنكاح المتعة ، فإنه هو الذي يترتب عليه حصول الفضيحة ، وسيجيء إن شاء الله الكلام في هذه المسألة بمزيد تحقيق في المقام ، والله العالم .

التاسعة : المشهور بين الأصحاب أنه لا يجوز التمتع بأمة المرأة بغير إذننها ، وخالف في ذلك الشيخ في النهاية والتهذيب فجوز التمتع بها بغير إذن المرأة استناداً إلى روايات سيف بن عميرة^(١) وقد تقدم تحقيق البحث في هذه المسألة مستوفى ، كما هو حقه في المسألة الثانية عشر من المقصد الثاني في الأدلياء للعقد من الفصل الأول في العقد^(٢) ، والله العالم .

الفصل الرابع

في نكاح الاماء

وهو إما بالملك للرقبة أو بالمنفعة أو للعقد دواماً أو متعة ، وقد تقدم في الأبحاث السابقة ذكر كثير من أحكامهن وبقي الكلام هنا في مطالب ثلاثة :

- (١) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٧ و ٢٥٨ ح ٣٩ و ٤٠ و ٤١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ٢١ و ٣ .
(٢) أقول : من جملة ذلك في كتاب البيع سيما في باب الحيوان ، وكذا في هذا الكتاب فيما يحرم جمعاً أو عيناً من المطلب الثالث في المصاهرة وغيرهما أيضاً .

الاول : في جملة من المسائل المتعلقة بالمقام .

الاولى : لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا على أنفسهما نكاحاً إلا بإذن السيد، لأنهما ملك له ، فليس لهما أن يتصرفا في ملكه بغير رضاه، ثم إنه لو تصرفا بغير إذنه كان ذلك من قبيل العقد الفضولي، وقد تقدم الكلام في عقد النكاح الفضولي، وأنه هل يكون صحيحاً موقوفاً على الاجازة أو باطلاً ، تقدم ذلك في المسألة السابقة من المقصد الثاني في الأولياء من العصل الأول ، وقد حققنا نمة أن الأصح صحته ، وإن قلنا بالبطلان في غير النكاح من العقود ، كما تقدم تحقيقه في كتاب البيع ، ثم إن من قال بالبطلان في النكاح مطلقاً فقد أبطله هنا .

و من قال بالصحة و توقيفه على الاجازة ، فقد اختلفوا هنا على أقوال ، فمنهم من قال بالصحة و جعله موقوفاً على الاجازة ، من أفراد النكاح وهو الأشهر عندهم .

ومنهم من جعل الاجازة كالعقد المستأنف و هو قول الشيخ في النهاية ، فإنه قال : من عقد على أمة غيره بغير إذن مولاه كان العقد باطلاً ، فإن رضي المولى بذلك كان رضاه كالعقد المستأنف ، يستباح به الفرج ، وقد اختلفوا في تنزيل كلامه حيث إن ظاهره التناقض ، لحكمه يبطلان العقد ، ثم الاكتفاء عنه بالاجازة ، وجعلها مبيحة للنكاح كالعقد ، مع أن ما يقع باطلاً في نفسه لا تثبت صحته بالاجازة على وجوه :

منها ما ذكره العلامة في المختلف من حمل كونه باطلاً ، على معنى أنه يؤول إلى البطلان وهو جيد ، لأن إطلاق البطلان على الموقوف كثير شائع ، وعلى هذا فيرجع إلى القول الأول .

ومنهم من قال بالبطلان وهو مذهب ابن إدريس مع أنة حكم بصحة نكاح الفضولي في غير المملوك محتجاً بالتهني المقتضى للفساد .

ومنهم من فرق بين نكاح العبد والأمة ، فيقف الأول ويبطل الثاني ، وهو قول ابن حمزة .

والذي وقفت عليه - من الأخبار المتعلقة بالمسألة - جملة من الأخبار قد تقدمت في المسألة المشار إليها آنفاً ، وهي صريحة في صحة ذلك ، و توقفه على الاجازة ، إلا أن موردها كلها إنما هو نكاح المملوك بغير إذن سيده .

ومنها حسنة زرارة^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن مملوك تزوج بغير إذن سيده ، فقال : ذاك إلى سيده ، إن شاء أجازته ، وإن شاء فرق بينهما ، قلت : أصلحك الله إن الحكم بن عتيبة وإبراهيم النخعي وأصحابهما يقولون إن أصل النكاح فاسد ولا تحل إجازة السيد له ، فقال : أبو جعفر عليه السلام إنّه لم يعص الله إنما عصى سيده فإذا أجازته فهو له جائز .

وأما نكاح الأمة فلم أقف في شيء من الأخبار على ما يدل على أن الحكم فيه ذلك ، بل ربما ظهر منها خلافه ، وهو البطلان من رأس .

ومنها ما رواه في التهذيب^(٢) عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة ، قال : لا يصلح نكاح الأمة إلا بإذن مولاه .

وما رواه في الكافي^(٣) عن أبي العباس قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تزوج بغير إذن أهلها؟ قال : يحرم ذلك عليها وهو الزنا .

وما رواه في الفقيه والتهذيب^(٤) عن أبي العباس البقباق قال : قلت لأبي عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥١ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٥٣ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ح ٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٥ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٦ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ح ١ .

عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ عَبْدِ اللَّهِ: الرَّجُلُ يَتَزَوَّجُ الْأُمَةَ بِغَيْرِ عِلْمِ أَهْلِهَا؟ قَالَ: هُوَ زَنَاءٌ، إِنَّ اللَّهَ يَقُولُ «فَأَنْكِحُوا هُنَّ» بِإِذْنِ أَهْلِهِنَّ».

ومارواه في الكافي^(١) عن فضل بن عبد الملك قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تتزوج بغير إذن مواليتها؟ قال: يحرم ذلك عليها وهو زنا.

وفي رواية الوليد بن صبيح^(٢) عن الصادق عليه السلام: «إِنْ كَانَ الَّذِي زَوَّجَهَا إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ مَوَالِيهَا فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ»^(٣).

وفي رواية سيف بن عميرة^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لا بأس أن يتمتع الرجل بأمة المرأة، فأما أمة الرجل فلا يتمتع إلا بأمره.

وفي رواية داود بن فرقد^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يتزوج بأمة بغير إذن مواليتها؟ فقال: «إِنْ كَانَتْ لِمَرْأَةٍ فَنَعَمْ، وَإِنْ كَانَتْ لِرَجُلٍ فَلَا». وأنت خير بما في هذه الروايات من ظهور الدلالة على بطلان العقد من أصله، بل صراحتها في ذلك، ولو كان الحكم في الأمة كما في العبد لأجابوا في هذه الأخبار بما أجابوا به في تلك، من أن ذلك للسيد، فإن شاء أجازته، وإن شاء منعه، مع أنها إنما دلت على كونه فاسداً وحراماً وأنه زنا.

وبالجملة فإن دلالتها على ما ذكرنا ظاهر، لا يقبل الإنكار، ومنه يظهر قوة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧

ح ١.

(٣) أقول: هذا الخبر هكذا: عن الوليد بن صبيح عن أبي عبد الله - عليه السلام - «في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلت نفسها، قال: «إِنْ كَانَ الَّذِي زَوَّجَهَا إِيَّاهُ مِنْ غَيْرِ مَوَالِيهَا فَالنِّكَاحُ فَاسِدٌ» الخبر. (منه - قلنس سره -).

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ١٤.

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٨ ح ٤٠، الوسائل ج ١٤ ص ٤٦٣ ح ٣.

ماذهب إليه ابن حمزة من الصحة في العبد وإن كان موقوفاً ، دون الأمة ، فإنه باطل ومنه أيضاً يظهر قوة قول الشيخ في النهاية بالبطالان حيث خصّه بالعقد على الأمة إلا أن ما ذكره من أن الاجازة كالعقد المستأنف محل إشكال ، ويمكن أن يقال في دفع الاشكال أنه لما ثبت عنده بالاجماع أن اجازة المولى لعقد الفضولي ماضية في النكاح ، جمع بين الأمرين بذلك فقال بالبطالان عملاً بتلك الأخبار ، وجعل الاجازة كالعقد المستأنف بناءً على الاجماع المذكور .

ومن الأصحاب من حمل كلام الشيخ المتقدم على أن العقد يكون باطلاً بدون الاذن كما ذكرناه ، ولكن الاجازة تقوم مقام التحليل ، فيكون الرضا عبارة عن التحليل . قال : ومن ثم فرضها في الأمة ، لأن العبد لا يأتي فيه ذلك ، وعلى هذا الوجه أيضاً يرتفع الاشكال الذي ذكرناه أيضاً إلا أنه في المسالك قد اعترض على هذا الوجه بأن التحليل منحصر في عبارات ، وليس الرضا منها ، فليس بتحليل ولا عقد .

أقول : إن كانت هذه العبارات التي ادعى انحصار التحليل فيها ممّا دلت عليها الأخبار ، ودلت على انحصاره فيها ، فما ذكره جيد وإن كانت من كلام الأصحاب من غير دليل يدل عليها في الباب ، فكلامه لا يخلو من المناقشة ، وسيأتي الكلام في ذلك إن شاء الله تعالى .

ومما ذكرناه من دلالة الأخبار على بطلان عقد الأمة دون عقد العبد يظهر لك ضعف حمل العلامة لكلام الشيخ في النهاية على الحمل المتقدم ذكره . إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهره في المسالك أن ما استند إليه ابن حمزة من البطلان في الأمة إنما هو بعض الروايات العامية ، وكذلك ابن إدريس في احتجاجه بالنهاية ، إنما أراد به النهي الوارد في الأخبار العامية ، ولهذا اعترضه في المسالك بأنه لا يناسب اصول ابن إدريس ، لأن طريقه عامي ، وهو لا يكتفي به لو كان خاصياً .

أقول : و التحقيق ما عرفت من أن ما ذكره من الصحة و كونه فضولياً إنما يتم لهم في نكاح العبد خاصة دون الأمة ، وأن المستند في بطلان عقد الأمة إنما هو الأخبار التي قدمناها ، وبه يظهر ضعف القول المشهور من الصحة مطلقاً ، و ضعف قول ابن إدريس من البطلان مطلقاً ، و قوة قول ابن حمزة من التفصيل المذكور ، والمفهوم من جملة من الأخبار المتقدمة في المسألة المشار إليها آنفاً ، أنه تكفي في الاجازة سكوت السيد بعد علمه بالنكاح و عدم إنكاره له ، و بذلك صرح ابن الجنييد فقال : لو كان السيد علم بعقد العبد والأمة على نفسه فلم ينكر ذلك ، و لا فرق بينهما ، جرى ذلك مجرى الرضا في الامضاء ، واستقر به في المختلف وهو جيد للأخبار المشار إليها ، إلا أن موردها نكاح العبد كما عرفت ، والله العالم .

تذقيبات

الاول : المشهور بين الأصحاب أنه إذا أذن المولى لعبده في التزويج كان المهر ونفقة الزوجة على السيد ، لأن النكاح لما وقع صحيحاً لزمه الحكم بثبوت المهر والنفقة ، ولا محل لهما إلا ذمة السيد ، لأن العبد لا يملك . هكذا علّله في المسالك .

و نقل الشيخ في المبسوط تعلق ذلك بكسب العبد ، لأن المهر والنفقة من لوازم النكاح ، و كسب العبد أقرب شيء إليه ، فإن مصرف الكسب مؤونة الانسان و ضروراته ، ومن أهمها لوازم النكاح .

وأورد عليه بأن الدين لا بد له من ذمة يتعلق بها ، وذمة العبد ليست أهلاً لذلك ، فلا بد من تعلقه بذمة السيد ، كذا ذكره السيد السند في شرح النافع . ثم اعترضه بأنه يمكن دفعه بمنع كون ذمة العبد ليست أهلاً للتعلق ، ولهذا يتعلق بها عوض التلف إجماعاً ، و لجواز تعلق المهر بالكسب كما يتعلق أرض الجنابة برقبة الجاني ، إذ لا مانع من ذلك عقلاً ولا شرعاً . ثم قال : واحتمل العلامة ثبوتها

في ذمته والمسألة قوية الاشكال لفقد النص فيها على أحد الوجوه ، وأصالة براءة ذمة المولى من ذلك والأحوط أن يعين في العقد كون المهر في ذمة المولى أو في كسب العبد أو في ذمته ، يتبع به بعد العتق واليسار ، ولو قلنا : إن العبد يملك مطلقاً ، أو على بعض الوجوه ثبت المهر والنفقة في ذمته من غير إشكال . إنتهى كلامه ، زيد مقامه . أقول : قد تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة الرابعة عشر من مسائل المقصد الثاني من الفصل الأول في العقد .

وقد ذكرنا ثمة روايتين يظهر منهما أن المهر على السيد (أولهما) رواية زرارة^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج عبده بغير إذنه فدخل بها ، ثم أطلع على ذلك مولاه ، فقال : ذلك إلى مولاه ، إن شاء فرق بينهما^(٢) ، وإن شاء أجاز نكاحهما ، فإن فرق بينهما فللمرأة ما أصدقها ، إلا أن يكون اعتدى فأصدقها صداقاً كثيراً ، وإن أجاز نكاحه فهما على نكاحهما الأول ، الحديث .

(والثانية) رواية علي بن أبي حمزة^(٣) عن أبي الحسن عليه السلام في رجل يزوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم ، ثم أنه باعه قبل أن يدخل عليها ، فقال : يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها ، إنما هو بمنزلة دين استدانه يأذن سيده . وأما الأولى فإن القرينة فيها على كونه على السيد قوله « فللمرأة ما أصدقها » إن لم يكن أصدقها صداقاً كثيراً ، فإن الظاهر أن المراد بالصداق الكثير

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٢ ، الفقيه ج ٢٨٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥١ ح ٦٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ح ٢ .

(٢) أقول : فيه أن ظاهر تفرقه بينهما يؤذن بعدم إجازة النكاح ، ومقتضى كلام الأصحاب أنه مع عدم إجازة السيد ولا إذنه فإن المهر على العبد يتبع به العتق ، ولكن ظاهر الخبر أنه على السيد بالتقريب المذكور في الأصل ، ولا يخلو من الإشكال . (منه - قدس سره) .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢١٠ ح ٥١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٥ ب ٧٨ ح ١ .

هو الزائد على مهر المثل ، والمعنى فيه أن " الصداق على السيد بشرط أن لا يزيد على مهر المثل ، ولو كان الصداق إنما على العبد في رقبته أو كسبه لكان هذا الشرط لغواً وإيجاب المهر كمالاً في الرواية الأولى ونصفه في الثانية من حيث تضمن الأولى الدخول والثانية عدم الدخول .

وفي الثانية دلالة على تنصيف المهر بغير الطلاق كما هو أحد القولين ، وفي الأولى دلالة على أنه مع الدخول قبل إذن المولى لا يعد زانياً يستوجب حد الزاني ، وفي بعض الروايات المتقدمة ثمة ما يؤيده .

ثم إن الأظهر في تقرير حجة القول المشهور هو ما قدمنا نقله ثمة عن جده في المسالك ، فإنه شافٍ وافٍ بذلك ، وتخرج الروايتان شاهداً عليه .
الثاني : قد صرحوا بأنه إذا أذن المولى لأخته في التزويج أو زوجه هو كان المهر له دون الأمة ، والظاهر أنه لا إشكال فيه ، لأن الأمة ومنافعها مملوكة له ، والمهر الذي هو في مقابلة البضع من جملة تلك المنافع المشار إليها ، والله العالم .
الثالث : لا فرق في توقف نكاح المملوك على إذن مالكة بين كون المالك متحداً أو متعدياً لتحقيق المالية لكل من المالك ، وقبح التصرف بغير إذن المالك عقلاً ونقلاً ، والخلاف في كون النكاح موقوفاً على الإجازة أو باطلاً يجري هنا كما في المالك المتحد ، وكذا القول في المهر والنفقة ، ويوزع على كل واحد بمقدار ما يخصه من الملك ، والله العالم .

المسألة الثانية : لا خلاف ولا إشكال في أنه إذا كان الأبوان مملوكين يكون الولد مملوكاً لهما ، فإنه نماؤهما وتابع لهما ، فإن كانا لملك واحد فالولد له ، وإن كان كل واحد منهما لملك فالولد تصفين بين المالكين عند الأصحاب لأنه نماء ملكهما ولا مزية لأحدهما على الآخر ، بخلاف باقي الحيوانات ، فإن الولد لملك الأم ، وفرقوا بينهما بأن النسب مقصود في آدميين وهو تابع لهما فيه بخلاف غيره من الحيوانات ، فإن النسب فيه غير معتبر والنمو والتبعية فيه لاحق

بالام خاصة ، كذا ذكروا - رضي الله عنهم - ولم أقف في ذلك على نص .
قال في المسالك - بعد نقله للفرق بين الانسان وغيره من الحيوانات في
التبعية فيه دونها - : وفي الفرق خفاء إن لم يكن هنا إجماع ، مع أن أبا الصلاح
ذهب إلى أنه يتبع الام كغيره من الحيوانات ، انتهى .
وبالجملة فما ذكره من الفرق لعدم الوقوف على نص فيه لا يخلو
من الاشكال .

ويدل على الحكم الأول - وهو ما إذا كان الأبوان ملكاً لملك واحد ، فإن
الولد لملك أبويه - مارواه في الكافي ^(١) عن أبي هارون المكفوف قال : قال لي
أبو عبد الله عليه السلام : أيسرك أن يكون لك قائد يا أبا هارون ؟ قال : قلت : نعم جعلت
فذاك ، قال : فأعطاني ثلاثين ديناراً فقال : إشتري خادماً كسومياً ، فاشتراه ، فلمّا
أن حجّ دخل عليه فقال له : كيف رأيت قائداً يا أبا هارون ؟ فقال : خيراً ، فأعطاه
خمساً وعشرين ديناراً فقال له : إشتري جارية شباينة فإن أولادها قرة ، فاشتريت
جارية شباينة فزوجتها منه ، فأصبحت ثلاث بنات فأهديت واحدة منهن إلى بعض
ولد أبي عبد الله عليه السلام وأرجو أن يجعل ثوابي منها الجنة ، وبقيت بنتان ما يسرنني
بهنّ ألوف .

أقول : في القاموس ، الكسوم : الماضي في الامور ، وفيه أيضاً الشاين : الغلام
الناعم وقد شبن ، و شبانة اسم ، ثم قال : والشباني والاشباني - بالضم - الأحمر
الوجه والسُّبَال .

نعم لو شرط أحدهما انفراده بالولد أو الزيادة على نصيبه منه فالظاهر صحة
الشرط ، لعموم ما دل على وجوب الوفاء بالشرط ^(٢) .

أما لو كان أحد الأبوين حراً والآخر مملوكاً فالمشهور أن الولد يتبع الحر .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٧ ح ١ .

(٢) سورة المائدة - آية ١ .

منهما ، فيكون حرّاً مطلقاً ، وذهب ابن الجنيد إلى أن الولد رق وأنه تبع للرق^١ منهما إلّا مع اشتراط الحرية .

و يدلّ على القول المشهور أخبار مستفيضة منها ما رواه في الكافي عن مؤمن الطاق^(١) عن رجل عن أبي عبد الله عليه السلام أنه سئل عن المملوك يتزوج الحرة ، ما حال الولد ؟ فقال : حرّ ، فقلت : والحرّ يتزوج المملوكة ؟ قال : يلحق الولد بالحرية حيث كانت إن كانت ، الأم حرة اعتق بأمه ، وإن كان الأب حرّاً اعتق بأبيه . وعن جميل وابن بكير^(٢) في الولد من الحرّ والمملوكة ؟ قال : يذهب إلى الحرّ منهما .

وعن جميل بن درّاج^(٣) قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا تزوج العبد الحرة فولده أحرار ، وإذا تزوج الحرّ الأمة فولده أحرار .

وعن جميل بن درّاج^(٤) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الحرّ يتزوج الأمة ، أو عبد يتزوج حرة ، قال : فقال لي : ليس يسترقّ الولد إذا كان أحد أبويه حرّاً إنّه يلحق بالحرّ منهما أيّهما كان ، أباً كان أو أمّاً .

وما رواه في الفقيه^(٥) عن جميل بن درّاج في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج بأمة فجاءت بولد ، قال : يلحق الولد بأبيه ، قلت : فعبد يتزوج بحرة ؟ قال : يلحق الولد بأمّه .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٧ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٦ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٩٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٨ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٢ .

وما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن، وفي التهذيب في الصحيح عن عبد الله ابن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: في العبد تكون تحته الحرية، قال: ولده أحرار، فإن أعتق المملوك لحق بآبيه.

أقول: بعني في الحضانة والميراث، وأما أصل الحرية فإنما حصلت من تبعية الام.

وما رواه في الكافي^(٢) في الصحيح أو الحسن عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا، ورواه في الفقيه مرسلاً عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الرجل الحر يتزوج بأمة قوم، الولد ممالك أو أحرار؟ قال: إذا كان أحد أبويه حراً فالولد أحرار.

وما رواه في التهذيب^(٣) عن إسحاق بن عمار عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك يتزوج حرة، قال: الولد للحر، وفي حر يتزوج مملوك؟ قال: الولد للأب. هذه جملة ما وقفت عليه من روايات القول المذكور.

وأما ما يدل على ما ذهب إليه ابن الجنيد، فجملة من الأخبار أيضاً منها ما رواه الشيخ في التهذيب^(٤) عن أبي بصير قال: لو أن رجلاً دبّر - وفي الاستبصار رواها عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال: لو أن رجلاً دبّر - جارية ثم تزوجها من رجل فوطأها كانت جاريته وولدها منه مدبرين، كما لو أن رجلاً أنى قومًا فتزوج إليهم مملوكهم كان ما ولد لهم ممالك.

وما رواه الصدوق في الفقيه في الصحيح والشيخ في التهذيب^(٥) في الصحيح أو

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ ح ٦، وأما في التهذيب فلم نثر عليه، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ ح ٧، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٧، الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ح ٢٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٩ ح ٥.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ٩.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٦ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ١٠.

(٥) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٢، الفقيه ج ٣ ص ٦٨ ح ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ح ١٣.

الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام «في رجل زوج أمته من رجل وشرط له أن ما ولدت من ولد فهو حر» فطلّقها زوجها أومات عنها، فزوجها من آخر، مامنزلة ولدها؟ قال: منزلتها ما جعل ذلك إلا للأول، وهو في الآخر بالخيار إن شاء أعتق وإن شاء أمسك.

ومارواه في التهذيب^(١) عن الحسن بن زياد «قال: قلت له: أمة كان مولاها يقع عليها ثم بدا له فزوجها، مامنزلة ولدها؟ قال: بمنزلتها إلا أن يشترط زوجها». وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله البصري^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل يزوج جاريته رجلاً، واشترط عليه أن كل ولد تلده فهو حر فطلّقها زوجها ثم تزوجت آخر فولدت، قال: إن شاء أعتق وإن شاء لم يعتق.

وعن أبان بن تغلب^(٣) في الصحيح «قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل دبّر مملوكته، ثم زوجها من رجل آخر فولدت منه أولاداً ثم مات زوجها، وترك الأولاد منها، فقال: أولاده منها كهيئتها، فإذا مات الذي دبّر أمهم فهم أحرار، قلت له: أيجوز للذي دبّر أمهم أن يردها في تديره إذا احتاج؟ قال: نعم، قلت: أ رأيت إن ماتت أمهم بعد ما مات الزوج وبقي أولادها من الزوج الحر، أيجوز لسيدها أن يبيع أولادها، ويرجع عليهم في التدبير؟ قال: لا، إنما كان له أن يرجع في تدبير أمهم إذا احتاج ورضيت هي بذلك».

وعن عبد الله بن سليمان^(٤) في حديث «قال: سألت عن رجل يزوج وليدته من رجل وقال: أول ولد تلدينه فهو حر» فتوفى الرجل وتزوجها آخر، فولدت

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢١٤ ح ٦٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ح ١٢.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢١٢ ح ٦٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٠ ح ١١.

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٨٤ ح ٦، التهذيب ج ٨ ص ٢٥٩ ح ٤، الوسائل ج ١٦ ص ٧٨ ب ٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٢٥ ح ٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣١ ب ٣٠ ح ١٤.

له أولاداً؟ فقال: أما من الأول فهو حر، وأما من الآخر فإن شاء استرقهم. هذه جملة ما حضرنى من الأخبار الدالة على ما ذهب إليه ابن الجنيد، وأصحابنا لم ينقلوا لابن الجنيد من الأخبار سوى رواية أبي بصير كما في المختلف وشرح النافع للسيد السند، وزاد في المسالك الاستدلال له برواية الحسن بن زياد ثم طعنوا فيها بضعف الاسناد، والأخبار كما ترى فيها الصحيح باصطلاحهم بل هو أكثرها، إلا أن هذه قاعدتهم غالباً من عدم إعطاء التتبع حقه في روايات المسألة. والشيخ - رحمه الله عليه - في الاستبصار أجاب عن رواية أبي بصير بالحمل على ما إذا شرط عليه أن يكون الولد ممالك، فإنهم يكونون كذلك، وقال في التهذيب - بعد ذكر هذا الحمل - : وهذا الخبر وإن لم يكن فيه ذكر الشرط صريحاً فنحن نعلم أنه المراد بدلالة ما قدمناه من الأخبار، وأن الولد لاحق بالحريّة فإذا ثبت ذلك فلا وجه لهذا الخبر إلا الوجه الذي ذكرناه. انتهى، ولا يخفى ما فيه. وأجاب عن رواية الحسن بن زياد وصحيحة عبد الرحمن بالحمل على التقيّة تارة، قال: لأنّ في العامّة من يذهب إلى أن الولد يتبع الامّ على كلّ حال، وتارة على ما إذا كان الزوج مملوكاً للغير، قال: فإنّ الولد يكون لاحقاً لها إلا أن يشترط مولى العبد.

أقول: والمسألة لتصادم هذه الأخبار و بعد ما ذكره من المحامل محل إشكال، إلا أنه يمكن أن يرجع الحمل على التقيّة، لشهرة القول الأول في الصدر الأول حيث لم ينقل المخالفة ثمّة إلا عن ابن الجنيد سيّما مع ما علم غالباً من جريه على مذهب العامّة، وقوله بأقوالهم، وعمله بقياساتهم.

هذا كلّه مع الاطلاق وعدم الشرط، وأما مع الاشتراط فإن كان الواقع هو اشتراط الحريّة فلا خلاف ولا إشكال في صحّة ذلك كما دلّت عليه النصوص المتقدمة وإن كان الشرط هو الرقيّة فمحلّ خلاف وإشكال، والمشهور صحّة الشرط لعموم

قوله عز وجل «أو فوا بالعقود»^(١) وعموم «المؤمنون عند شروطهم»^(٢).

وذهب جمع من المتأخرين إلى فساد هذا الشرط ، وأنه إذا كان الولد محكوماً بحريته مع الاطلاق ، وعدم الشرط كما هو القول المشهور ، فإنه لا يكون اشتراط رقيته مشروعاً ، كما أنه لا يصح اشتراط رقيته ولد الحرين .

وبعضه أن الولد ليس مملوكاً للحر من الأبوين ليصح اشتراطه للمولى ، وإنما الحق فيه لله سبحانه ، فلا يصح اشتراطه ، وهو كلام جيد متين ، ويزيده تأييداً أن أقصى ما دلت عليه الروايات الدالة على الرقية مع الاطلاق هو صحة شرط الحرية بناءً على ذلك ، أما على العكس وهو ما إذا حكم بالحرية كما هو مدلول أخبار القول المشهور ، فإنه لم يتضمن شيء منها الدلالة على الرقية مع اشتراطها ، بل ربما أفاد إطلاقها - بأن أحد الأبوين إذا كان حراً فالولد حر - الحكم بالحرية مطلقاً بتقريب أن ترك الاستفصال في جواب السؤال مع قيام الاحتمال يفيد العموم في المقال .

و من ثم إن المحقق تردد في النافع ، وفي الشرايع نسب لزوم الشرط هنا إلى قول المشهور مؤذناً بضعفه و عدم الدليل عليه ، و إلى ما ذكرناه من القول الآخر مال في المسالك وسبطه في شرح النافع وهو كذلك لما عرفت ، ثم إنه على تقدير بطلان الشرط فهل يبطل العقد ، أم يختص البطلان بالشرط ؟ قولان ، قد تقدم الكلام فيهما في غير موضع ، ومما يتفرع على ذلك ما لو وطأها بهذا العقد فأولدها ، فإن قلنا بصحة العقد وبطلان الشرط خاصة فالولد حر كما لو لم يشترط بالكليّة ، وكذا إن قلنا بفساده مع الجهل بالفساد ، لأنه نكاح شبهة يلحق بالصحيح ، أما لو قلنا ببطلان العقد و كان عالماً فإنه يكون زانياً ، والولد يكون رقاً تبعاً

(١) سورة المائدة - آية ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ذيل ح

للأم من حيث الزنا لا من حيث الشرط ، وإن قلنا بصحة الشرط لزم ولم يسقط بالاسقاط ، وإثما يعود إلى الحرية بسبب جديد ، كملك الأب له ونحوه ، والله العالم .
المسألة الثالثة : إذا تزوج الحر أمة بدون إذن السيد ، ودخل بها قبل رضا السيد وإجازته ، فلا يخلو الحال من أن يكونا معاً عالمين بالتحريم أو جاهلين أو أحدهما عالماً والآخر جاهلاً وبالعكس ، فهنا صور أربع :

الاولى : أن يكونا عالمين بالتحريم ، وقد قطع الأصحاب بكون الوطء زنا يثبت به الحد عليهما والولد رق لمولى الأمة ، وإثما اختلفوا في ثبوت المهر للمولى وعدمه .

أقول : أما الحكم بكونه زنا فقد تقدم ما يدل عليه من الأخبار المذكورة في صدر المسألة الأولى الدالة على أن نكاح الأمة من غير إذن المولى باطل ، دخل بها أولم يدخل ، خلافاً لما ذهب إليه أصحابنا من كونه فضولياً موقوفاً على الإجازة ، وقد صرح جملة من تلك الأخبار بكونه زنا ، كقوله **الإمام** في رواية أبي العباس ^(١) بعد السؤال عن الأمة تتزوج بغير إذن أهلها؟ قال : يحرم ذلك عليها وهو الزنا .

وفي رواية الثانية ^(٢) هو الزنا إن الله يقول : «فانكحوهن» بإذن أهلهن» . ونحوه في رواية الثالثة ^(٣) .

وأما تزويج العبد بدون إذن سيده وإن كان خارجاً عن موضع المسألة ، فظاهر الأخبار التي تقدمت في المسألة السابعة من المقصد الثاني في الأولياء من الفصل الأول أنه موقوف على إذن السيد ، وإن دخل بها كما صرح به في بعضها وإن ذلك ليس بزنا معللاً في جملة منها بأنه لم يعص الله عز وجل ، وإثما عصي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ب ٢٩ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٧ ب ٢٩ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ب ٢٩ ح ٣ .

سيتده ، وربما ظهر من كلام بعض الأصحاب أنه مع الدخول أيضاً زنا يجب به الحد ، وظاهر الأخبار المشار إليها يرده .

وأما الولد فإنه لا خلاف في كونه رقاً في صورة تسافح المملوكين أو زنا الحر بالأمه ، وما هنا من قبيل الثاني وإن وقع بلفظ العقد ، وقد علل بأن الولد نماء الأمة .

والأولى الاستدلال عليه بما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن جميل عن بعض أصحابه عن أحدهما عليهما السلام في رجل أقر على نفسه أنه غصب جارية رجل فولدت الجارية من الغاصب ، قال : ترد الجارية والولد على المغصوب منه إذا أقر بذلك الغاصب .

ورواه الكليني ، كذلك والصدوق - رحمه الله عليه - عن الصادق عليه السلام مرسلاً ، إلا أنه قال فيه «إذا أقر» بذلك أو كانت عليه بينة .

ولا إشكال ولا خلاف في كل من هذين الحكمين ، وإنما الاشكال والخلاف في المهر ، فإن فيه قولين :

(أحدهما) - وهو مختار المحقق في الشرايع - العدم ، لأنها زانية ، فللمهر لها ، لقوله عليه السلام «للمهر لبغي» ولأن البضع لا يثبت لمنافعه عوض إلا بعقد أو شبهة أو إكراه لها تخرج به عن كونها بغياً ، والوجه أن ماليتها ليست على نهج الأموال الصرفة ، ليكون مطلق الانتفاع بها موجباً للعوض ، ألا ترى أنه لو قبل أحد مملوكة الغير أو استمتع بها فيما دون الوطء لم يكن عليه عوض ، بخلاف ما لو استخدمها ، والفرض عدم نقصانها بسببه ، وحينئذ فالأصل عدم ثبوت كون البضع مضموناً على هذا الوجه ، وإنما تضمن بأحد الوجوه الثلاثة المتقدمة .

(وثانيهما) ثبوت المهر للمولى ، لأن البضع ملكه ، فلا يؤثر علمها ورضاها

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٥٦ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٤ مع اختلاف يسير ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٦ ح ٥١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧١ ب ٦١ ح ١ وفيه «عن علي بن حليد» مع اختلاف يسير .

في سقوط حقه، واجتنب عن الخبر بعد تسليم صحته بأنه خارج عن محل البحث، وأن المراد به إنما هو الحرية لا الأمة، وذلك ظاهر من وجهين. أحدهما: إن لفظ المهر إنما يقال بالنسبة إلى الحرية، وأما عوض بضع الأمة فإنما يطلق عليه اسم العقر أو العشر أو تصفه، وإن أطلق عليه المهر فهو مجاز، والأصل عدمه، ولهذا وقع التعبير عن الزوجة بابنة المهيمة في قولهم: لو زوجه بنت مهيمة وأدخل عليه بنت أمة.

والثاني: من جهة اللام المفيد للملك أو الاستحقاق أو الاختصاص، فإن المنفي في الخبر إنما هو ملك البغي له، واستحقاقها أو اختصاصها، والثلاثة منفية عن الأمة هنا، لأن المالك له أو المختص أو المستحق إنما هو المولى دون الأمة، وذلك واضح، لما عرفت من أن البضع ملكه، فما جعل عوضاً له إنما يكون للمولى لا للأمة، وبذلك يظهر لك أن الخبر المذكور لا وجه للاستدلال به هنا. نعم يبقى الاشكال بالنسبة إلى التعليل الثاني، ولهذا أتت في المسالك قوى هذا القول، وجعل ثبوته متوقفاً على إثبات كون البضع مضموناً حسبما قدمنا تحقيقه، إلى أن قال: والثابت على الزاني العقوبة الديونية أو الأخروية، وما سواه يحتاج إلى دليل وهو حاصل مع العقد أو الشبهة.

أقول: وقد عرفت أن الإكراه المخرج لها عن كونها بغيّاً ثابت لهذين الأمرين. قال السيد السند في شرح النافع - بعد ذكر القول الثاني والاستدلال له بأن البضع ملكه فلا يؤثر علمها في سقوط حقه - : ويمكن الاستدلال عليه أيضاً بصحيفة الفضيل بن يسار^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام، حيث قال فيها «قلت: أ رأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فافتضتها؟ قال: لا ينبغي له ذلك، قلت: فإن فعل أيكون زانياً؟ قال: لا، ولكن يكون خائناً، ويغرم لصاحبها عشر قيمتها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٦، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٧ ب ٣٥

إن كانت بكرأ ، وإن لم تكن بكرأ فنصف عشر قيمتها .

قال : فإن ثبوت العوض هنا يقتضي ثبوته في الزنا المحض بطريق أولى ، إنتهى . وفيه ما ذكره جده في المسالك حيث قال - بعد الكلام المتقدم - : نعم لو كانت بكرأ لزمه أرش البكارة ، لأنها خيانة ، فلا دخل في المهر هنا ، وإن دخلت فيه على بعض الوجوه ، ولربما احتتمل كونها مهرأ ، لأن الأشارع جعله تبعاً للوطء ، فيأتي فيه الخلاف السابق ، والأصح الأول ، لأن الخيانة على المال المملوك الموجبة لنقص المالمية مضمونة بغير إشكال ، بخلاف المهر ، إنتهى .

وهو ظاهر في كون وجوب العشر أو نصفه ، إنما وجب من حيث النقص الحاصل بتصرفه في مال الغير بدون إذنه ، ولا خصوصية له بالنكاح ، فمنشؤه إنما هو التصرف الموجب للنقص ، لا ما يراد من المهر ، وهو كونه في مقابلة الانتفاع بالبضع ، وحينئذ فحمله عليه لا يخرج عن القياس وإن كان قياس أولوية . وبالجملة فإن المسألة بما عرفت من القيل والقال ، وعدم وجود النص لا تخلو من الاشكال ، والله العالم .

الثانية : أن يكونا جاهلين بالتحريم ويتحقق ذلك إما بأن لا يكونا عالمين بتحريم تزويج الأمة بغير إذن مالكها ، أو كانا يعلمان ذلك ، ولكن عرضت شبهة أوجبتهما ذلك ، بأن وجدها على فراشه فظننها زوجته أو أمته بعد أن عقد عليها أولاً ، فإنك قد عرفت أن هذا العقد حيث لم يكن بإذن المالك لائمه له ، ولا أثر يترتب عليه وظنت هي أنه مولاها ، لا العاقد عليها ، وحينئذ فنكاحه لها والحال هذه من الطرفين نكاح شبهة ، موجب لحرية الولد ، ولحوقه بالأب ، ودارية للحد وموجب للمهر .

ولكن في المهر هنا أقوال ثلاثة : فقيل : بأنه المسمى في العقد ، لأنه العوض الذي تراضيا عليه بالعقد ، والعقد صحيح ظاهراً للشبهة .

وقيل : مهر المثل لظهور فساد العقد في نفس الأمر ، وأن مهر المثل هو

المحكوم به في نكاح الشبهة ، وقواه في المسالك ، وقد تقدم تحقيق الكلام في ذلك في باب الرضاع ، وأن الأظهر هو الثاني .

وقيل : بأنه العشر أو نصف العشر ، واختاره السيّد السند في شرح النافع ، قال : وهذا أقوى ، لصحیحة الفضیل المتقدمة ، وقوله ^(١) « إذا تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلست نفسها - » ولمواليها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا ، وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها . وفيه ما عرفت آنفاً أن مورد كل من الروايتين صورة منصوصة ، والتعدي إلى غيرها كما في ما نحن فيه يحتاج إلى دليل ، وإلا فهو مجرد قياس ، والأظهر الاقتصاد في كل منهما على مورد .

ومما ذكرنا يظهر أن الأقرب إلى القواعد الشرعية هو القول بمهر المثل . قالوا : وإن أنت بولد كان حراً تابعاً لأبيه ، وعلى الأب قيمته للمولى لأنه نماء ملكه ويعتبر القيمة يوم سقوطه حياً ، لأنه وقت الحكم عليه بالمالية لو كان رقاً ، والظاهر أنهم استندوا في وجوب القيمة على الأب للمولى إلى الأخبار الواردة في تدليس المرأة نفسها ، أو تدليس من زوجها على أنها حرة ، ثم ظهر كونها أمة ، وسيأتي - إن شاء الله - بعد هذه المسألة .

الثالثة : أن يكون الحرّ عالماً ، والأمة جاهلة ، قالوا : والحدّ عليه في هذه الصورة ، وينتفي عنه الولد لأنه عاهر ، له الحجر ، ويثبت عليه مهر المثل أو العشر أو نصفه للمولى ، كما سبق والولد رقّ ، وهذه الأحكام كلّها ظاهرة مما سبق الرابعة : العكس ، بأن يكون الحرّ جاهلاً ، وهي عالمة ، وفي هذه الصورة يسقط عنه الحدّ ، ويلحقه الولد ، وعليه فكّه بالقيمة يوم سقوطه حياً كما تقدم ، وكذا وجوب المهر حسب ما تقدم جميع ذلك في الصورة الثانية وظاهره في المسالك

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ وص ٤٢٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١ .

التوقف هنا في وجوب المهر ، حيث قال : والحكم بسقوط الحد ولحوق الولد به ، و وجوب القيمة كالسابقة ، وكذا في وجوب المهر على ما أطلقه المصنف والجماعة بناءً على أنه وطء محترم من قبله من حيث الشبهة ، فيثبت عوضه ، وظاهرهم بل صريح بعضهم عدم الفرق بين علمها وجهلها في ذلك ، هنا لا يخلو من إشكال ، لأنها مع العلم بغية ، فينبغي مجيء الخلاف السابق ، لكن لم يتعرضوا له هنا . انتهى ، وهو جيد ، وأشار بذلك إلى الخلاف المذكور في هذه الصورة ، وقد عرفت الكلام فيه . قالوا : هذا كله إذا لم يجز المولى العقد ، فإن أجازته قبل الوطء فواضح ، وإن كان بعده بنى على أن الإجازة هل هي كاشفة عن صحة العقد من حينه ، أو مصححة له من حينها ؟

فعلى الأول قال في المسالك و هو الأقوى : يلحق به الولد وإن كان عالماً حال الوطء بالتحريم ، وسقط عنه الحد وإن كان قد وطأ محرماً حالته ، ويلزمه المهر لاكتشاف كونها زوجة حال الوطء ، وإقدامه على المحرم يوجب التعزير لا الحد .

وعلى الثاني تبقى الأحكام السابقة بأسرها ، لأنها حين الوطء لم تكن زوجة ظاهراً ولا في نفس الأمر ، وإثما كان قد حصل جزء السبب المبيح ولم يتم إلا بعد الوطء ، فكان كما لو لم يكن هناك عقداً أصلاً . قال في شرح النافع : والأصح الثاني . أقول : فيه (أولاً) إننا لم نقف بعد التتبُّع التام للأخبار على أثر يدل على شيء من هذين القولين ، وليس إلا مجرد كلامهم في البين ، سيما مع ما عرفت في كتاب البيع من عدم صحة البيع الفضولي الذي هو الأصل في اعتبار الإجازة ، ولزوم العقد بها ، بل بطلانه من رأس ، وإن صح في النكاح كما تقدم تحقيقه ، وأما كون الإجازة له بعد وقوعه كاشفة أو ناقلة فلا أثر له في الأخبار سوى ما ذكره من هذا الاعتبار .

و(ثانياً) إنك قد عرفت ممّا قدمنا ذكره في المسألة الأولى دلالة الأخبار

على بطلان تزويج الأمة بغير إذن مولاه ، لا أنه صحيح موقوف على الاجازة كما ادعوه ، وما ذكره هنا متفرع على ما وقع لهم ثمة من حكمهم بالصحة من غير فرق بين العبد والأمة لو تزوج كل منهما بغير إذن السيد ، والأخبار إنما دلت على ذلك بالنسبة إلى تزويج العبد كما قدمناها في المسألة المذكورة .

وأما أخبار تزويج الأمة فإنها قد اتفقت على بطلانه وتحريمه ، وأنه زنا محض ، ولكنهم غفلوا عن ملاحظتها والتأمل فيما وقع فيها ، فتأمل وأنصف ، والله العالم .
المسألة الرابعة : إذا ادعت المرأة الحرية ، فتزوجها الحر بناءً على ذلك من غير علمه بفساد دعواها ، وإلا كان زانياً ، وكان الحكم فيه كما تقدم في الصورة الأولى من صور المسألة المتقدمة ، ودعواها الحرية إما باعتبار أنها حرة الأصل ولم يكن الزوج عالماً بحالها ، أو ادعت العتق وظهر للزوج من قرائن الحال ما أثمر له الظن بصدقها ، وتوهم الحل بذلك .

أما لو كان عالماً بفساد دعواها ، أو بعدم الالتفات إلى قولها ببدن البيئنة أو الشياخ أو نحو ذلك مما يفيد العلم ، فإنه يكون زانياً ، ويكون الحكم كما تقدم في الصورة المشار إليها ، وحينئذ فمع العمل على دعواها بالتقريب المتقدم يكون من قبيل الشبهة ، فيسقط عنه الحد ويلزمه المهر على الخلاف فيه من كونه المسمى أو مهر المثل أو العشر أو نصفه ، وهل يكون الولد حراً أو رقاً ؟ قولان ، وعلى كل منهما يجب على الأب فكّه عند الأصحاب بدفع القيمة إلى مولى الجارية ، والكلام هنا يقع في موضعين :

الأول : في المهر ، وظاهرهم الاتفاق عليه وإن كانت الأمة عالة بالتحريم ، واحتمال العدم كما تقدمت الإشارة إليه ممكن ، ثم إنهم اختلفوا في تقديره ، فقيل : إنه المسمى لأنه عقد صحيح ، قبض فيه أحد العوضين فيجب الآخر ، وعروض الفسخ لا يوجب فساداً من أصله .

قال في المسالك - وهو ظاهر اختيار المصنف والأكثر ، ثم تنظر فيه ،

قال - : لأثمه واقع بغير إذن السيد ولأن أثر لصحته ظاهراً إذا تبين فساد بعد ذلك ، ودعوى كون الفسخ لا يفسده من أصله غير سديد . إنتهى ، وهو جيد .
و قد تقدم الكلام في ذلك ، وأن الأظهر بطلان المسمى لظهور بطلان العقد الذي اشتمل عليه ، نعم يتم القول بالصحة لو أجاز السيد العقد ، بناءً على ما يدعونه من كون العقد فضولياً ، وأن الاجازة كاشفة .

و قيل : مهر المثل ، ذهب إليه الشيخ في المبسوط ، ونقله فخر المحققين عن ابن حمزة ، كما نقل الأول عن القاضي ابن البراج ، وغلظه الشهيد في شرح الارشاد في كل من النقلين بأنهما قائلان بالقول الثالث . وقد علم وجه هذا القول مما تقدم في غير مقام من أن مرجعه إلى نكاح الشبهة ، والواجب في نكاح الشبهة إنمّا هو مهر المثل ، و وجهه هنا أنه لا ريب أن الجارية ملك للغير ، والنكاح موقوف على رضاه ، وحيث لم يرض فالنكاح باطل ، إلا أنه قد حصل الوطء المحرم بسبب الجهل ، فصار نكاح شبهة فوجب مهر المثل ، هذا عندهم إذا لم يجز المولى ، وإلا فلواجاز وقلنا بأن الاجازة كاشفة عن صحة العقد من حينه لامن حينها ، فإن الواجب حينئذ هو المسمى ، إلا أنك قد عرفت ما فيه .

و قيل : بوجوب عشر قيمتها إن كانت بكراً ونصفه إن كانت ثيباً ، وهو مذهب الشيخ في النهاية والقاضي ابن البراج وابن حمزة ، ومستندهم في ذلك صحيحة الوليد بن صبيح ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلت نفسها له ، قال : إن كان الذي زوجها إتياء من غير مواليتها فالنكاح فاسد ، قلت : فكيف يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال : إن وجد ممّا أعطاها شيئاً فليأخذ ، وإن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوجها إتياء ولي لها إرتجع على وليتها بما أخذت منه ، ولمواليتها عليه عشر ثمنها إن كانت بكراً ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ وص ٤٢٢ ح ١ وفيهما اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١ ، وفيه اختلاف يسير .

وإن كانت غير بكر فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : و تعدت منه عدة الأمة ، قلت : فإن جاءت بولد ؟ قال : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى .

قال في المسالك : وينبغي أن يكون العمل بها لصحتها ، وربما حملت على ما إذا طابق العشر أو نصفه لمهر المثل ، وهو بعيد ، و من الجائز اختصاص الأمة بهذا الحكم وجعل مهر المثل للحرّة أو للأمة أيضاً في غير موضع النص . إنتهى وهو جيد ، فإن الرواية لامعارض لها في المقام إلا ما ذكره من تلك التعليقات مع إمكان الجمع بما ذكره - رحمه الله - وتخرج صحيحة الفضيل المتقدمة مؤيداً لذلك .
الثاني : في حكم الولد ، وقد تقدمت الإشارة إلى الخلاف فيه بالحريّة والرقية ، ونقل في المسالك القول بالرقية عن الشيخ وأتباعه واختاره المحقق في الشرايع ، مع أنه قد حكم في سابق هذه المسألة أن الولد مع الشبهة الجارية على الأب يكون حراً ، وإن لزمه فكّه بالقيمة ، ومانحن فيه من قبيل ذلك ، لأن المفروض اشتباه الحال عليه كما عرفت .

وبالثاني من القولين المذكورين صرح السيّد السند في شرح النافع واستدل على القول بالرقية بحسنة زرارة ^(١) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أمة أبت من مواليتها فأنت قبيلة غير قبيلتها فادعت أنها حرة فوثب عليها رجل فتزوجها ، فظفر بها مواليتها بعد ذلك و قد ولدت أولاداً ، فقال : إن أقام البيّنة الزوج على أنه تزوجها على أنها حرة أعتق ولدها ، وذهب القوم بأمّتهم ، وإن لم يقم البيّنة أوجع ظهره واسترق ولده .

وعدّ هذه الرواية في الحسن بناءً على رواية الشيخ لها في التهذيب عن عبد الله بن يحيى ولكن الذي في الكافي إنما هو عبد الله بن بحر مكان عبد الله بن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨

يحيى ، ولعله الأقرب فتكون الرواية ضعيفة بهذا الاصطلاح .

وموثقة سماعة^(١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن مملوكة أتت قوماً فرمعت أنها حرة فتزوجها رجل منهم وأولدها ولداً ، ثم إن مولاها أتاها فأقام عندهم البيئنة أنها مملوكة ، وأقرت الجارية بذلك ، فقال : تدفع إلى مولاها هي وولدها ، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته يوم تصير إليه ، قلت : فإن لم يكن لأبيه ما يأخذ ابنه به ؟ قال : يسعى أبوه في ثمنه حتى يؤديه ويأخذ ولده ، قلت : فإن أبي الأب أن يسعى في ثمن ابنه ؟ قال : فعلى الامام أن يقتديه ، ولا يملك ولد حر ، واستدل السيد في شرح النافع على الحرية كما قدمنا نقله عنه بصحيفة الوليد بن صبيح^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام المتقدمة لقوله في آخرها وأولدها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن المولى ، وعلى وجوب القيمة على الأب بصحيفة محمد بن قيس^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج جارية على أنها حرة ، ثم جاء رجل آخر فأقام البيئنة على أنها جاريته ، قال : يأخذها ويأخذ قيمة ولدها ، ثم قال : وفي هذه الرواية دلالة على حرية الولد أيضاً .

وأنت خير بأن الرواية الأولى لا دلالة فيها على القيمة ، والثانية لا دلالة فيها على الحرية ، فقوله « وفي هذه الرواية دلالة على حرية الولد لا أعرف له وجهاً » .

والشيخ قد حمل صحيفة الوليد على أحد وجهين : أحدهما أن يكون قد شهد شاهدان عنده أنها حرة ، والثاني أن يكون الأب قد رد ثمنهم . واحتمل بعضهم أن هذا الكلام منه عليه السلام على جهة الإنكار دون الأخبار

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٥ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٧ و ٤٢٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ح ١ ، وما في المصادر اختلاف يسير مع ما ذكره - قلنس سره - .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٠ ح ٨ .

بقريئة الشرط ، وهو قريب ، بل الظاهر أنه أقرب من حملي الشيخ .
ومن أخبار المسألة موثقة سماعة^(١) قال : سألته عن مملوكة قوم أنت قبيلة
غير قبيلتها ، وأخبرتهم أنها حرة فتزوجها رجل منهم فولدت له ، قال : ولده
مملوكون إلا أن يقيم البيّنة أنه شهد لها شاهدان أنها حرة ، فلا تملك ولده
ويكونون أحراراً .

وفي هذا الخبر دلالة على ما دلّت عليه رواية زرارة^(٢) المتقدمة من حرية
الولد إن أقامت البيّنة على ما ادعت من الحرية ، وتزوجها الرجل بناءً على ذلك ،
وإلا فالولد رق ، وهي مؤيدة للقول المشهور برقية الولد بناءً على ظاهر الحال ،
وهي بالنسبة إلى فك الولد بالقيمة مطلقة ، فيحمل إطلاقها في ذلك على ما تضمنته
موثقة سماعة^(٣) المتقدمة ، وكذا صحيحة محمد بن قيس من وجوب فك الأب له
بالقيمة جمعاً بين الأخبار .

ومنها موثقة محمد بن قيس^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى علي عليه السلام في
امرأة أنت قوماً فأخبرتهم أنها حرة ، فتزوجها أحدهم وأصدقها صداق الحرية
ثم جاء سيدها ، فقال : تردّ إليه ولدها عبيد .

وهذه الرواية أيضاً صريحة في الرقية كما هو القول المشهور ، وأمّا بالنسبة
إلى فكّه بالقيمة فهي مطلقة ، فيجب تقييد إطلاقها بما في الصحيحة المتقدمة الدالة
على أن المولى يأخذ قيمة الولد ، وأخذ القيمة هو الأنسب بالرقية لالاحرية

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٥ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٠ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٥ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٩ ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٨ ح ٤ .

كما توهمه السيد السند في شرح النافع فيما قدمنا نقله عنه حتى ادعى أنها دالة على حرية الولد .

وبالجملة فإنه يحصل من الجمع بين روايتي محمد بن قيس المذكورين باعتبار اشتمال الأولى على أنه يأخذ قيمة الولد أعم من أن يكون حراً أو رقاً ، واعتبار اشتمال الثانية على أن ولدها عبيد من غير تعرض للقيمة ، هو أنهم عبيد للسيد ، ولكن يجب على الأب فكهم بالقيمة ، وسند هذا الجمع موثقة سماعه الأولى الدالة على أنها تدفع هي ولدها إلى مولاها ، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن الذي يظهر لي من تدبر هذه الأخبار - بعد ضم بعضها إلى بعض من غير فرق فيها بين ضعيف وصحيح - هو أن الزوج إن كان قد تزوجها بعد ثبوت دعوى الحرية بالشاهدين فأولاده أحرار ولا يجب عليه فكهم بالثمن ، لأنه إنما تزوج حرة باعتبار ظاهر الشرع فلا وجه للقيمة هنا بالكليّة ، وإن تزوجها على ظاهر الحرية بالتقريب الذي تقدم صدر المسألة ، فالولد يكون رقاً ، ويجب عليه فكّه بالقيمة

ويمكن توجيه ذلك بعد ورود النص به كما عرفت ، فيكون بياناً لوجه النص "لأعلة في الحكم ، بأن يقال : إنه لما كانت مملوكة ولم يأذن المالك في تزويجها ولم يكن التزويج على نحو الشاهدين الموجب للثبوت شرعاً كان فيه شائبة من الزنا الموجب لرقية الولد ، ولما كان ذلك راجعاً إلى الشبهة الموجبة لحرية الولد كان الجمع بين الأمرين بالرقية مع الفك بالقيمة .

نعم صرح ابن إدريس بأن القيمة في صورة شهادة الشاهدين وإن لم يكن على الأب إلا أنها على الشاهدين كما سيأتي نقله إن شاء الله .

وفصل العلامة في المختلف فقال : إن رجعا لم يلتفت إلى رجوعهما وضعنا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر ، وإن ثبت تزويجها نقض الحكم وكان الولد

حرّاً ، وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حياً ... إلى آخره .
أقول : لا يخفى أن أخبار المسألة هنا خالية عن التعرض للقيمة في هذه الصورة ، وإنما تضمنت القيمة في صورة التزويج على ظاهر الحال المحكوم فيه برقيّة الولد لاني صورة الشاهدين المحكوم فيها بالحرية ، والظاهر أن ما ذكره ابن إدريس من أن القيمة على الشاهدين ، و ذكره هو بالنسبة إلى رجوعهما هو الأوفق بالقواعد الشرعيّة كما نبهنا عليه ، والفرق في ذلك بين رجوعهما وثبوت تزويجهما - كما ذكره الملامّة - لأعرف له وجهاً .

وأما ما ذهب إليه السيّد السند من حرية الولد كما قدمنا نقله عنه استناداً إلى صحيحة الوليد بن صبيح ، حيث إنّ سندها صحيح باصطلاحه ، وهو ممّن يتهافت على صحة السند ، فهو عندنا غير مرضي ولا معتمد ، والروايات التي ذكرناها كما عرفت كلّها دالة على الرقيّة ، والصحيحة المذكورة يمكن تأويلها بما قدمنا ذكره ، والجمع بينها وبين باقي الأخبار يقتضيه .

وأما على ما ذكره واختاره فإنّه يلزم طرح هذه الأخبار مع ما هي عليه من الصراحة وقوة الأسانيد أيضاً .

وبما ذكرنا من الحرية مع البيّنة والرقيّة بدونها ، صرح الشيخ في النهاية حيث قال : فإن عقد عليها على ظاهر الأمر بشهادة الشاهدين لها بالحرية ويرزق منها أولاداً كان أولادها أحراراً ، وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم يتم عنده بيّنة بحريتها ثمّ تبين أنّها كانت رقاً كان أولادها رقاً لمولاهما ، ويجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة ، وعلى الأب أن يعطيهم قيمتهم ، فإن لم يكن له مال استسعى في قيمتهم ، فإن أبى كان على الامام أن يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ، ولا يسترّق ولد حر . إنتهى ، وإليه يرجع كلامه في كتابي الأخبار حيث حمل صحيحة الوليد بن صبيح على أحد الحملين المتقدمين .

تذنيبات

الاول : لودنسها عليه مدلس فزوجها منه على أنها حرة فظهرت أمة ، فهل يحكم على الولد بالحرية أو الرقبة ؟ الذي صرح به جملة من الأصحاب منهم ابن حمزة وابن إدريس هو الأول .

قال ابن حمزة : إن تزوجها بغير إذن مولاها فأقامه خمسة : (الأول) دلسها عليه أحد بالحرية ، فيرجع بالمهر على المدلس ، ويكون الولد حراً ، وللسيد عليه عشر قيمتها إن كانت بكر أو نصف العشر إن كانت ثيباً ، وأرض العيب إن عابت بالولادة ، وإن دلسها مولاه سقط المهر المسمى ولزم مهر المثل ، ودفع بالمهر على سيدها وتحرر الولد .

(الثاني) شهد الشاهدان لها بالحرية ، فيرجع بالمهر على الشاهدين ، وباقي الأحكام على ما ذكر .

(الثالث) تزوجها بظاهر الحال على الحرية ، فيكون النسب لاحقاً والولد رقاً ، وله الرجوع إليها بالمهر ، وعليه للسيد ما ذكرناه من عشر القيمة أو نصفه ، ويجب على السيد أن يبيع الولد من أبيه ، ولزم الاب قيمته ، فإن عجز استمى فيها ، فإن لم يسع دفع الامام ^(١) قيمته للسيد من سهم الرقاب . . . إلى آخره ^(١) . وقال ابن إدريس : وإن عقد عليها على ظاهر الحال بشهادة الشاهدين لها بالحرية ورزق منها أولاداً كانوا أحراراً ، ويجب على الشاهدين ضمان المهر إن

(١) وتقام عبارته هكذا : (الرابع) علم الرقية ولم يعلم التحريم ، فيكون الولد رقاً ويلزم المسمى ، ويلتحق النسب ، ويضمن أرض العيب والفرق .

(الخامس) أن يعلم الرق والتحريم ، فيكون زانياً إن لم يرض السيد بالعقد ، ويكون الولد رقاً ، والنسب غير لاحق ، والمهر غير لازم ، والأرض مضموناً ، وعشر القيمة إن كانت بكر ، ونصف العشر إن كانت ثيباً ، وإن رضي السيد بالعقد صح النكاح ، انتهى .

(منه - رحمه الله -) .

كان الزوج سلّمه إليها ، وقيمة الأولاد يوم وضعهم أحياء ، لأنّ الشهود الزور يضمنون ما يتلقون بشهادتهم ، بغير خلاف بيننا ، والاجماع منعقد على ذلك .
وإن عقد عليها على ظاهر الحال ولم يقم عنده بيّنة بحريّتها ثمّ تبين أنّها كانت رقاً كان أولادها رقاً لمولاهما ، ويجب عليه أن يعطيهم أباهم بالقيمة ، وعلى الأب أن يعطيه قيمتهم ، فإن لم يكن له مال استسعى في قيمتهم على ماروي في الأخبار - إلى أن قال : - وإذا عقد على امرأة بظنّ أنّها حرة ، والذي عقد عليها كان قد دلّسها وكانت أمة ، كان له الرجوع عليه بمهرها إن كان قد قبضته ، فإن رزق منها أولاداً كانوا أحراراً .

و قال أبو الصلاح : وإذا تزوج الحرّ بامرأة على أنّها حرة فخرجت أمة ، فولدها لاحقون به ، ويرجع بقيمة الولد والصدّاق على من تولى أمرها . وإن كانت هي التي عقدت على نفسها لم ترجع على أحد بشيء .
أقول : اشتركت هذه العبارات في الحكم بحريّة الولد في صورة التدليس ، إلّا أنّ كلام أبي الصلاح صريح في الرجوع بقيمة الولد على المدّلس كما يرجع الزوج بالصدّاق إذا كان قد قبضته ، وكلام ابن حمزة إنّما تضمّن الرجوع بالصدّاق خاصّة ، وهو بالنسبة إلى قيمة الولد ، وكلام ابن إدريس مطلق بالنسبة إلى الأمرين أعني المهر وقيمة الولد

والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلّقة بالمقام مارواه الشيخ في التهذيب^(١)
عن إسماعيل بن جابر عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : رجل كان يرى امرأة تدخل على قوم وتخرج فسأل عنها ف قيل له إنّها أمتهم واسمها فلانة ، فقال لهم : زوجوني فلانة ، فلمّا زوجوه عرفوا على أنّها أمة غيرهم ، قال : هي وولدها لمولاهما ، قلت : فجاء إليهم فخطب إليهم أن يزوجه من أنفسهم فزوجوه وهوى يرى أنّها من أنفسهم ، فعرفوا بعد ما أولدها أنّها أمة ، قال : الولد له وهم ضامنون لقيمة الولد

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٦ ح ١١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٩ ح ٧ .

لمولى الجارية .

ومارواه في الكافي^(١) عن إسماعيل بن جابر أيضاً قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل نظر إلى امرأة فأعجبته فسأل عنها فقيل: هي ابنة فلان، فأثنى أباها فقال: زوجني ابنتك، فزوجه غيرها، فولدت منه فعلم بعد أنها غير ابنته، وأنها أمة، فقال: يرد الوليدة على مولاها، والولد للرجل، وعلى الذي زوجه قيمة تمن الولد يعطيه موالي الوليدة كما غر الرجل و خدعه .

وهما ظاهران في الحكم بحرية الولد، لأنه لا معنى لقوله في الأول الولد له، وفي الثاني والولد للرجل، إلا اللحق به في الحرية، وأنهم أحرار مثله وصريحان أيضاً في وجوب القيمة على المدكس لمولى الجارية لأن الولد نماء ملكه وحينئذ فيجب حمل إطلاق عبارتي ابن إدريس وابن حمزة على ما دل عليه الخبران المذكوران من وجوب القيمة على المدكس كما صرح به أبو الصلاح، وبما ذكر هنا وفيما تقدم تجب القيمة في صورة التدليس على المدكس مع الحكم بالحرية، وتجب أيضاً في صورة التزويج على ظاهر الحال على الأب مع الحكم بالرقية على ما يستفاد من الأخبار في المقامين .

و إنما يبقى الكلام في صورة شهادة الشاهدين، من وجوب القيمة على الشاهدين كما ذكره ابن إدريس، أو التفصيل الذي تقدم نقله عن العلامة حيث إن الأخبار خالية من التعرض لذلك، إلا أن الظاهر أن الأقرب ما ذكره ابن إدريس، والله العالم .

الثاني: قد صرح الشيخ فيما تقدم من عبارته المنقولة عن النهاية أن الأب إن أبى عن الاستسعاء في قيمة الولد كان على الإمام عليه السلام أن يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب .

و ابن إدريس قد اعترضه هنا فقال - بعد نقل ذلك عنه - : والذي يقتضيه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٢ ح ١ .

أصول المذهب أن الإمام لا يعطي مولى الجارية قيمتهم من سهم الرقاب ، ولا يجوز أن يشتروا من سهم الرقاب من الزكاة ، لأن ذلك مخصوص بالعبيد والمكاتبين ، وهؤلاء غير عبيد ولا مكاتبين بل أحرار في الأصل ، إنعتقوا كذلك ، مامستهم رقاً أبداً ، لأنه قال عليه السلام «ولا يسترَق» ولد حر ، وصفه بأنه حر ، فكيف يشتري الحر من سهم الرقاب ، وإنما أثمانهم في ذمة أبيهم ، لأن من حقهم أن يكونوا رقاً لمولى أمهم ، فلما حال الأب بينه وبينهم بالحرية وجب عليه قيمتهم يوم وضعهم أحياء أحراراً ، وهو وقت الحيلولة ، إنتهى .

والعجب منه أنه قد وافق الشيخ في هذه الصورة - أعني صورة التزويج - بناءً على ظاهر الحال ، فقال برقية الولد فيها كما قدمنا نقله عنه في عبارته السابقة وأوجب السعي على أبيه في قيمته ، فكيف يوافق على رقية الولد ويمنع من إعطائه من سهم الرقاب ، مدعياً حريتهم - وأنهم مامستهم رقاً أبداً مستنداً إلى جعل «حر» في الرواية «صفة ولد» - ومع عدم تعيينه لذلك لاحتمال الاضافة بل هو أظهر مناقض لما صرح به من الرقية في المسألة .

وكيف كان فكلام الشيخ مبني على الرقية ، وكلامه مبني على الحرية ، فهذا الانكار منه مصادرة لأن الشيخ لا يقول بالحرية حتى أنه يرد عليه ما ذكره . نعم قد ناقش بعض المتأخرين في جعل الشيخ ذلك من الزكاة من سهم الرقاب ، مع أن الرواية ليس فيها «إلا أنه على الإمام أن يفديه» وهو أعم من كونه من سهم الرقاب أو غيره ، ويجوز أن يكون من بيت المال لأنه معد للمصالح . وفيه أنه متى قيل بالرقية كما هو اختيار الشيخ فجعله من سهم الرقاب أوجه كما صرح به ونازع بعض المتأخرين أيضاً في وجوب استعاء الأب مع عجزه ، وأوجب النظر إلى يساره ، لضعف الرواية ، لأنه من جملة الديون وقد قال الله تعالى «وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة»^(١) وحمل الرواية على الاستحباب

(١) سورة البقرة - آية ٢٨٠ .

أقول فيه : إن هذا إنما يتم بناءً على القول بالحرية كما هو ظاهر كلام ابن إدريس المذكور هنا حيث صرح بالحرية ، وادعى أن أنماهم في ذمة أبيهم ، ونحوه كلام العلامة في المختلف^(١).

وأما على القول بالرقية كما هو ظاهر الأخبار سيما موثقة سماعة ، فإنه غير تام ، إذ الولد رق للمولى ، والواجب على الأب السعي لفك ابنه من الرقية بكل وجه تمكّن منه ، ولو تعذر وجب على الامام عليه السلام فكه له ، ولا يجب على المولى دفعه إلى الأب إلا بالقيمة ، لقوله عليه السلام في الرواية المذكورة «يدفع إلى مولاهاهي وولدها ، وعلى مولاها أن يدفع ولدها إلى أبيه بقيمته» وليس هنا دين بالكيفية ، ومما هو ظاهر في الرقية دون الحرية في الصورة المذكورة قوله عليه السلام في رواية زرارة المتقدمة ، «وإن لم يقيم البينة ادفع ظهره واسترق ولده» ، وقوله عليه السلام في موثقة سماعة الثانية «وولده مملوك إلا أن يقيم البينة» الحديث ، وقوله في موثقة محمد بن قيس «وولدها عبيد» فأى دليل في الحكم بالرقية أصرح من هذه

(١) قال العلامة في المختلف : والتحقيق أن تقول : إذا شهد إثنان لها بالحرية فإن رجعا لم يلتفت إلى رجوعها وضمننا لمولاها قيمة الجارية والولد والمهر ، وإن ثبت تزويرهما نقض الحكم وكان الولد حراً ، وعلى الأب دفع قيمته يوم سقط حياً ، فإن عجز فالوجه الأنظار به إلى اليسار ، ولا يجب الإستسعاء ولا الأخذ من بيت المال ، وإن كان جائزاً ، لكنه غير واجب ، لأنه من المصالح ، وكذا الحكم لو تزوجها على ظاهر الحال بالحرية من غير أن يشهد لها أحد به ، لأنه مال ثبت في ذمته ، وهو عاجز عنه ، فينظر إذاً به .

ثم نقل عن الشيخ الإحتجاج بموثقة سماعة الأولى منها في ما قلنا نقله ، ثم أجاب بالظن في السند والحمل على الإستحباب .

وكلامه كما ترى مبنى على الحكم بالحرية في كل صور تزوير الشاهدين ، والصورة التي هي محل البحث وهو التزويج على ظاهر الحال ، مع أنك قد عرفت بما في الأصل تصريح الأخبار في الصورة الثانية بالرقية ، وإن وجوب القيمة على الأب إنما هو لذلك : لا أنه حر ويجب على الأب أن يدفع قيمته لو كان رقاً . (منه - قدس سره -) .

الأخبار كما لا يخفى على من جاس خلال الديار .

وظاهر هذه الأخبار أن الأولاد لا يتصفون بالحرية إلا بعد دفع القيمة إلى المولى من الأب أو الامام ، وإلا فهم على الرق ، لا أنهم قد ولدوا على الحرية كما ادعاه ابن إدريس فيما تقدم من كلامه ، وهو ظاهر من كلام العلامة في المختلف أيضاً .

قال في المسالك بعد ذكر القولين أعني الحرية والرقية : و تظهر فائدة القولين - مع اتفاقهما على وجوب دفع القيمة وحرية بدفعها - فيما لو لم يدفعها لقرأ وغيره ، فعلى القول بحرية تبقى ديناً في ذمته ، والولد حر ، وعلى القول الآخر يتوقف على دفعها ، وهو ظاهر فيما قلناه ، و واضح فيما ادعينا . ثم قال أيضاً على أثر هذا الكلام :

وأما الحكم باستسعاء الأب في الثمن فمبني على رواية سماعة ، وسندها ضعيف ، وهو من جملة الديون ولا يجب الاستسعاء بها بل ينظر إلى اليسار لعموم قوله تعالى « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » وهذا أقوى ، ويمكن حمل الأمر بالاستسعاء على الاستعجاب ، إنهى .

وفيه أنه قد صرح بأن القيمة تكون ديناً في ذمته ، وإنما هو على تقدير القول بالحرية ، وأما على تقدير الرقية فلا دين بالكليّة ، وإنما غاية الأمر أن الحرية تتوقف على الشراء ودفع القيمة ، بمعنى أنه يجب عليه الشراء ، وقبل وقوع الشراء فالذمة غير مشغولة بالثمن ، فلا وجه لتعلقها بالذمة على هذا القول ، وحينئذٍ فحق الكلام أن يقال : وأما الحكم باستسعاء الأب في الثمن فهو مبني على القول بالرقية ، ورواية سماعة إنما صرحت بالاستسعاء لما تضمنته من القول بالرقية ، وقد عرفت دلالة جملة من الأخبار على ذلك أيضاً ، فلامعنى لقصر الحكم على رواية سماعة والظعن فيها بالضعف ، ولامعنى لجعله ذلك من الديون بناءً على هذا القول ، بل كونه من الديون إنما هو على القول بالحرية كما

اعترف به ، وبالجملية فكلامهم هنا بمعزل عما دلت عليه روايات المسألة .
الثالث : ما تقدم كله بالنسبة إلى التدليس من جهة الزوجة بأن كانت أمة
قد دلت نفسها ، أو دلتها آخر بأنها حرة .

أما العكس بأن تزوج الحرة بالعبد الغير المأذون له في التزويج ، قالوا :
فإن كانت عاملة بعدم الاذن لم يكن لها مهر ، ولا نفقة مع علمها بالتحريم ، وكان
أولادها منه رفاقاً ، ولو كانت جاهلة كانوا أحراراً ولا يجب عليها قيمتهم ، وكان
مهرها لازماً لذمة العبد إن دخل بها يتبع به إذا تحرر ، وتفصيل هذه الجملة
يقع في مواضع :

الأول : إنه لا ريب أنه متى علمت بالتحريم فإنه لا مهر لها ولا نفقة ، لأنها
بغى خصوصاً مع علمها بحاله .

ويدل عليه - مع كونه الأوفق بالقواعد الشرعية - ما رواه الكليني
والصدوق^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : أيما
امرأة حرة زوجت نفسها عبداً بغير إذن مواليه ، فقد أباحت فرجها ولا صداق لها ،
وهو محمول على علمها بالتحريم .

ثم إنه لو اتفق ولد والحال هذه فإنهم قالوا : إنه رق لمولى الأب لعدم
لحقه بها ، وإن كانت حرة حيث إنها بغى فلا وجه لحريته ، قال في المسالك :
وهو نماء العبد ، وفي بعض الروايات دليل عليه .

ولو جهلت التحريم ، إما بجهلها برقية الزوج أو بجهلها الحكم ، فالنكاح
صحيح لموضع الجهل وحصول الشبهة .

و المشهور في كلام الأصحاب من غير نقل خلاف أن الولد حر ، لأنه
لاحق بها فيتبعها في الحرية ، لما تقدم في المسألة الثانية من الأخبار الدالة على

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٢ ح ٦٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ ح ٢ ،
الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٤ ح ٣ و ٤ .

تبعيته لأشرف أبويه، ولا قيمة عليها هنا لمولى الزوج، لأنه نماؤها حقيقة، وإثما حكم بالقيمة حيث ينسب إليها وهي أمة.

أقول: والأظهر أن الفرق بين الموضعين إنما هو لوجود النص ثمة، وعدم وجوده فيما نحن فيه، ثم إن ماصرحوا به هنا من حرية الولد في صورة الجهل بناءً على التعليل المذكور لا يخلو من إشكال، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه، لما رواه الشيخ^(١) بسند معتبر عن العلاء بن رزين عن أبي عبد الله عليه السلام قال في رجل دبّر غلاماً فأبى الغلام فمضى إلى قوم فتزوج منهم، ولم يعلمهم أنه عبد، فولد له أولاد، وكسب مالاً ومات مولاه الذي دبّره، فجاء ورثة الميت الذي دبّر العبد فطالبوا العبد، فماترى؟ فقال: العبد ولده لورثة الميت، قلت: أليس قد دبّر العبد؟ قال: إنه لما أبى هدم تديره، ورجع رقاً وهي كما ترى صريحة في خلاف ما ذكره. وهي مستندهم في الحكم بطلان التدير بالاباق، وظاهر الشيخين أيضاً في المقنعة والتهذيب القول بمضمونها.

قال في المقنعة: إذا تزوج العبد بغير إذن سيده فأولاده رق للسيّد، وإن كانت المرأة حرة.

والشيخ بعد أن أورد العبارة المذكورة في التهذيب قال: وأما الذي يدل على أن الولد يكون رقاً لمولاه ما رواه البرزوقي، ثم ساق الرواية المذكورة، ولم أقف على من تصدى لنقلها في هذا المقام فضلاً عن الجواب عنها، والمسألة لذلك محل إشكال، ولا يحضرنى الآن وجه الجمع بين الأخبار إلا الوقوف على موضع النص، وتخصيص الأخبار الدالة على تبعيته للحر من الطرفين بهذا الخبر، على أنه قد عارضها أيضاً أخبار عديدة تقدم ذكرها في المسألة الثانية.

الثاني: إنه على تقدير علمها بالتحريم وكونها بغيّاً فإن مقتضى القواعد الشرعية وجوب الحد عليها، إلا أنه لم يذكره أحد منهم في المقام، وربما

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٣ ح ٦٨، الوسائل ج ١٦ ص ٩٦ ح ٢.

قيل بسقوطه عنها ، لأنَّ العقد الواقع عليها يعدُّ شبهة بالنسبة إلى المرأة لضعف عقلها ، وهو غير جيّد ، فإنَّ مجرد العقد عليها مع علمها بفساده وتحريم الوطء لا يعدُّ شبهة قطعاً ، والأقرب أنَّ عدم ذكرهم للحدِّ هنا لا يقتضي حكمهم بالعدم ، لجواز أن يكونوا قد اعتمدوا على القواعد المقررة الدالة على وجوب الحدِّ على الزاني العالم بالتحريم وهو هنا كذلك .

الثالث : إنَّه على تقدير الجهل وصحة النكاح فإنَّ المهر يثبت في ذمّة العبد لأنَّ الوطء المحرم لا يكون إلّا بمهر فيتبع به إذا اعتق ، وهل هو المسمّى أو مهر المثل يبتنى على الخلاف السابق ؟ فلو أجاز المولى بعد ذلك فلا إشكال في كونه المسمّى ، ولو قلنا إنَّ الإجازة كاشفة وحصلت بعد الوطء مع العلم بالتحريم سقط الحدُّ عنها ولحق الولد بها ، لتبيّن أنَّها كانت زوجة حال الوطء وإن لم يكن ذلك معلوماً لها ، إلّا أنَّك قد عرفت فيما قدمناه أنَّه لم يثبت بذلك دليل على ما ذكره من هذه القاعدة ، وإن كانت متداولة في كلامهم .

و أمّا النفقة فهي تابعة للزوم العقد بالإجازة ، فإذا اتفقت الإجازة اتفقت النفقة لعدم الزوجيّة التي هي مناطها هنا ، والله العالم .

المسألة الخامسة : قال الشيخ في النهاية : إذا تزوّج الرجل جاريته عبده ، فعليه أن يعطيها شيئاً من ماله مهرأً لها ، وكان الفراق بينهما بيده ، وليس للزوج طلاق على حال ، فمتى شاء المولى أن يفرق بينهما أمره باعتزالها ، ويقول قد فرقت بينكما ، وتبعه ابن البرّاج وأبو الصلاح وابن حمزة .

وبالغ المفيد في ذلك فقال : إذا تزوّج الرجل عبده أمته كان المهر عليه في ماله دون العبد وينبغي أن يعطي عبده شيئاً قلّ أو كثر ليكون مهرأً لأمة يتسلّمه من العبد قبل العقد أو في حاله أو بعده ليحلّ له بذلك ، ومتى كان العقد من السيّد بين عبده و أمته كان الفراق بينهما بيده ، أيّ وقت شاء أمرها باعتزاله ، وأمره باعتزالها ، و لم يكن لأحدهما خلافه فيما يأمر به من ذلك ، فإن خالفا سقط

خلافهما و كان تفريقه بينهما كافياً في التحريم ، و نائباً مناب لفظ الطلاق الموجب للاقتساق .

وقال ابن إدريس : الذي يقوى في نفسي أنه إذا زوج الرجل عبده أُمته ، فإنَّ السيد لا يجب عليه أن يعطيها شيئاً ، وأنَّ هذا الفعّال من المولى إباحة للعبد جاريته ، دون أن يكون عقد نكاح ، وإن سُمّي تزويجاً وعقداً ، فعلى سبيل الاستعارة والمجاز ، وكذا تفريق المولى بينهما - بأمر العبد باعتزالها وأمرها باعتزاله - سُمّي طلاقاً مجازاً ، لأنّه لو كان طلاقاً حقيقياً لروعي فيه أحكام الطلاق وألفاظه وشروطه ، ولا كان يقع إلا أن يتلفظ به الزوج ، لأنَّ الرسول ﷺ قال : ^(١) «الطلاق بيد من أخذ بالساق ، وهذا قد وقع ممن لم يأخذ بالساق ، وهو المولى ، وهذا أول دليل وأصدق قيل على أنَّ هذا العقد والفعّال من المولى إباحته للعبد وطء جاريته ، لأنّه لو كان عقد نكاح لروعي فيه الإيجاب والقبول من موجب وقابل ، وكان يراعى ألفاظ ما ينعقد به النكاح ، ولأنَّ العقد حكم شرعي ، يحتاج إلى دليل شرعي ، إنتهى .

وقال العلامة في المختلف - بعد نقل هذه الأقوال - : والتحقيق أن نقول : أمّا إعطاء الأمة فلاشك في استحبابه ، لأنها ملك له ، فلا تستحق على مال الكهاشيئاً ، و أمّا كون ذلك إباحة ففي مقام المنع ، بل هو نكاح صريح ، لأنَّ العبد و الأمة كلاهما محل قابل له .

ويؤيده ما رواه الشيخ في التهذيب ^(٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام «في المملوك يكون لمولاه أو لمولاته أمة ، فيريد أن يجمع بينهما ، أينكحه

(١) كنوز الخدائق المطبوع في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٩ عن الطبراني ، المستدرک ج ٣ ص ٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٨٥ ح ٣ .

نكاحاً؟ أو يجزيه أن يقول قد أنكحتك فلانة ، و يعطي من قبله شيئاً أو من قبل العبد؟ قال : نعم ولو مدّاً ، وقد رأيتُه يعطي الدراهم .

و روى الصدوق في الفقيه ^(١) في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألتُه عن الرجل كيف ينكح عبده أمته؟ قال : يجزيه أن يقول : قد أنكحتك فلانة ، و يعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ، ولا بدّ من طعام أو درهم أو نحو ذلك ، ولا بأس بأن يأذن له فيشتري من ماله إن كان له جارية أو جوارٍ يطأهن .

و روى الشيخ في التهذيب ^(٢) قريباً من ذلك في الحسن عن الحلبي عن الصادق عليه السلام .
لا يقال : النكاح يقتصر إلى القبول ، ولا يفتقر هذا إلى القبول ، فلا يكون نكاحاً ، لأننا نقول : القبول إنما يشترط في حق من يملكه ، و العبد هنا لا يملك القبول ، لأنّ للمولى إجباره على النكاح ، فله هنا ولاية طرفي العقد .
ويدلّ على أنّه ليس بإباحة ، ما رواه علي بن يقطين ^(٣) عن أبي الحسن عليه السلام «أنّه سئل عن المملوك يحلّ له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحلّ له مولاه؟ قال : لا يحلّ له .»

وأما تسمية هذا الفراق طلاقاً ، فإنّه على سبيل المجاز ، لكن الاجماع منا على أنّ الفراق هنا بيد السيّد .

ويؤيّد ما رواه محمد بن مسلم ^(٤) في الصحيح عن الباقر عليه السلام قال : سألتُه عن

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٤ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٥ ح ٤٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ح ١ .

قول الله عز وجل « والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم » ^(١) قال : هو أن يأمر الرجل عبده وتحت أتمته فيقول له اعتزل امرأتك ولا تقربها ، ثم يجلسها عنه حتى تحيض ثم يمستها ، إنتهى .

أقول : في عدة رواية محمد بن مسلم الأولى من الصحيح نظر ، فإن في طريقها عبدالله بن محمد ، وهو ابن أخي أحمد بن عيسى وليس بموثق .

ثم إنه لا يخفى أن الكلام هنا يقع في مواضع الأول : ما ذكر من الخلاف فيما تضمنته هذه الأخبار من دفع السيد شيئاً لأتمته ، متى زوجها عبده ، هل هو على وجه الوجوب أو الاستحباب ؟ المشهور بين المتأخرين الثاني ، والظاهر أن المشهور بين المتقدمين الأول ، وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل إليه ، حيث قال - بعد إيراد صحيحة العلاء عن محمد بن مسلم المتقدمة ، وحسنه الحلبي المشار إليها في كلام العلامة ، وهي ما رواه ^(٢) قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل كيف ينكح عبده أتمته ؟ قال : يقول : قد أنكحتك فلانة ويعطيها ما شاء من قبله أو من قبل مولاه ولو مدياً من طعام أو درهماً أو نحو ذلك - : ومقتضى الرويتين وجوب الاعطاء ، وإليه ذهب الشيخان وأبو الصلاح وابن حمزة وابن البراء وحملها المصنف وبعض من تأخر عنه على الاستحباب ، وهو مشكل والوجوب أقرب ، إنتهى .

وقال في المسالك : وذهب المصنف والأكثر إلى الاستحباب لعدم صراحة الرواية في الوجوب ، ولما فيه من جبر قلبها مع أن المملوكة ملك للمولى ، فلا وجه لوجوب صرف شيء من ملكه إلى وجه آخر من ملكه ، وما يدفعه العبد هو من مال المولى أيضاً ، لأن ما بيده من كسب أو غيره هو للمولى ، إنتهى .

أقول : كأنه أشار بعدم صراحة الرواية في الوجوب إلى كون الأمر هنا بالجملة الخبرية .

(١) سورة النساء - آية ٢٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٩ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٤٦ وفيه إختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤

ص ٥٤٨ ح ٢ .

وفيه أن الدليل الدال على كون الأمر حقيقة في الوجوب من الأدلة الأصولية، والأخبار المعصومية التي ذكرناها في المقدمات في صدر كتاب الطهارة^(١) لا اختصاص له بصيغة إفعال، بل كلما دل على الطلب بصيغة الأمر أو الخبر، وما ذكره - من التأييد وفاقاً لما تقدم في كلام العلامة أيضاً من أن الأمة ملك للسيد فلا يستحق على مالها شيئاً مردود - بأنه من الجائز حمل الأمر على التعبد الشرعي بذلك، وإن كان الأمر كما ذكره.

وبالجملة فالأظهر الوقوف على ظواهر النصوص المذكورة، وعدم الالتفات إلى هذه التحليلات في مقابلتها، على أننا قد قدمنا في كتاب المتاجر^(٢) أن الظاهر من الأخبار هو ملك العبد وإن كان مهجور التصرف إلا بإذن السيد، فلا ورد لما أورده حينئذٍ.

الثاني: إن صريح كلام الشيخين المتقدم، وهو ظاهر من تبعهما أن المدفوع مهر، والأخبار المذكورة لا تنهض بالدلالة على ذلك بل ظاهرها أنه عطية محضة. وفي المسالك: واعلم أن الظاهر من حال هذا المدفوع أنه ليس على جهة كونه مهراً بل مجرد الصلة والبر وجبر خاطر المملوكين.

الثالث: ظاهر كلام المتقدمين أيضاً أن ذلك نكاح لإباحة كما ذكره ابن إدريس فإن قولهم إذا زوج الرجل عبده أمته صريح في إرادة النكاح، وهو ظاهر الأخبار المذكورة أيضاً، وليس فيها ما ربما ينافي ذلك، إلا عدم ذكر القبول من الزوج.

والجواب عنه بما ذكره العلامة جيد، وربما قيل بتخصيص الوجوب بكونه عقداً ليكون مهراً، وهو ظاهر كلام المتقدمين المذكورين، فإن كلامهم ظاهر في الثلاثة أعني الوجوب، وكونه عقداً، وكون المدفوع مهراً، ولا يبعد حمل الأخبار عليه، وإن كانت غير ظاهرة في كون المدفوع مهراً.

الرابع: إن ما استدلل به العلامة على نفي كون المراد بالنكاح هنا إباحة،

من رواية علي بن يقطين ربّما أشعر بعدم جواز نكاح التحليل مطلقاً أو في هذه الصورة ، وليس الأمر كذلك .

والتحقيق أن "الرواية المذكورة - لمصادمة الأخبار المستفيضة الدالة على صحة نكاح التحليل لحر" كان أو عبداً لها - محمولة على التقيّة ، لأنّ العامّة لا يقولون بصحّة نكاح التحليل كما ذكره بعض الأصحاب وسيأتي إن شاء الله تحقيق الكلام في المسألة كما هو حقّه في بحث التحليل ، ويكفي في ردّ ما ذهب إليه ابن إدريس من دعوى كونه إباحة ، دلالة الروايات على كونه نكاحاً وظهورها في ذلك ، و المفهوم من رواية محمد بن مسلم التي عدّها في المختلف صحيحة أن "هذا النكاح ليس على حدّ النكاح المشهور في غير هذه الصورة المقتدر إلى الإيجاب من الزوجة ، والقبول من الزوج ، و الشروط المقررة ثمة بل هو نوع خاصّ منه ، لأنّ قوله^(١) «أينكحه نكاحاً أو يجزيه أن يقول أنكحتك فلانة ويعطى منه من ماله شيئاً» الخبر ، ظاهر فيما قلناه ، والظاهر أن مرجع السؤال إلى أنّه هل يشترط فيه القبول من العبد بعد قول السيّد ذلك أم لا ؟ فأجاب بأنّه لا يشترط ذلك بل يكفي قول السيّد ذلك .

الخامس: إنّ ما أطال به ابن إدريس من منع الطلاق هنا وعدم كونه طلاقاً حقيقة تطويل بغير طائل لأنّ أحداً من المتقدمين لم يدّع ذلك ، بل صريح كلام الشيخين المتقدم هو الحرمة بمجرد الأمر بالاعتزال و التفريق بينهما ، و لعلّه أراد - بهذا التطويل في نفي كون ذلك طلاقاً - هو الدلالة على كونه حينئذٍ إباحة لا عقداً .

وفيه إنك قد عرفت أنّ المفهوم من الأخبار أنّه وإن كان عقداً إلا أنّه لا كالعقد المشهورة المترتب عليها تلك الأحكام المذكورة بل هو نوع خاص منها وقوفاً على ظواهر الأخبار الواردة في المقام .

(١) نقله - رحمه الله - بالمعنى .

الحاق

قالوا: إذا تزوج عبد بأمّة لغير مولاه ، فإن أذن الموليّان فالولد لهما ، وكذا لو لم يأذنا ، ولو أذن أحدهما كان الولد لمن لم يأذن ، ولو زنا بأمّة لغير مولاه كان الولد لمولى الأمّة .

قال في المسالك بعد نقل ذلك: هذا التفصيل ذكره الأصحاب كذلك وظاهرهم الاتفاق عليه ، ويظهر من بعضهم أنّه منصوص ولم تقف عليه .

أقول: قد تقدم شطر من الكلام في هذا المقام في صدر المسألة الثانية ، وأشرنا ثمّة إلى أنّنا لم نقف له على دليل سوى ما يدعونه من الاتفاق، مع أنّ أبا الصلاح جعل الولد لمولى الأمّة خاصّة كغيرها من الحيوانات ، إلّا أن يشترط مولى العبد ، فيكون له من حيث الشرط .

و بالجملة فإنّي لم أقف على نصّ يدلّ على الاشتراك سواء كان مع الاذن منهما أو عدمه .

وأما لحوقه بمن لم يأذن إذا أذن أحدهما فعلموه بأنّ الاذن لمملوكه في التزويج مطلقاً مقدم على قران الولد منه ، لأنّه قد يتزوج من ليس برق ، فينعتق الولد حراً ، بخلاف من لم يأذن فيكون الولد له خاصّة .

ولا يخفى ما فيه ، نعم يمكن أن يستأنس له بالأخبار المتقدمة الدالة على أنّ الأمّة إذا تزوجت بدون إذن السيّد بدعوى الحرّيّة ، فإنّ الولد يكون رقاً كرواية زرارة وموثقة سماعة المتقدمتين في المسألة الرابعة ، والتفريب فيها أنّه حيث كان الزوج حراً فهو بمنزلة المأذون له في النكاح في كونه نكاحه صحيحاً ، والزوجة حيث أنّ تزويجها بدعوى الحرّيّة وهي مملوكة واقعاً فهو غير مأذون لها وقد ألحق الشارع هنا الولد بالأمّ الغير مأذونة دون الأب الذي هو في معنى المأذون . وأما في الزنا والحكم بالولد لمولى الجارية فيدلّ عليه مضافاً إلى الاتفاق

المدعى ما قدمناه في الصورة الاولى من المسألة الثالثة من رواية جميل^(١) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أقر على نفسه أنه غصب جارية فولدت الجارية من الغاصب فقال : ترد الجارية والولد على المغضوب الخبر.

المسألة السادسة : لو تزوج أمة بين شريكين ثم اشترى حصّة أحدهما بطل العقد ، وحرم عليه وطؤها ، ولو أمضى الشريك الآخر العقد بعد الابتاع لم يصح ، وقيل : يجوز له وطؤها بذلك ، وهو ضعيف .

ولو حلّ لها له قيل : يحل وهو مروي ، وقيل : لا ، لأن سبب الاستباحة لا يتبعّض .

وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حراً لم يجز وطؤها بالملك ، ولا بالعقد الدائم ، فإنها باها على الزمان قيل : يجوز أن يعقد عليها متعة في الزمان المختص بها وهو مروي ، وفيه ترد لما ذكرنا من العلة كذا صرح به المحقق - رحمه الله عليه - وتفصيل الكلام في بيان هذه الأحكام يقع في مواضع :

الأول : في الحكم ببطالان العقد في الصورة المذكورة بشراء حصّة أحد الشريكين ، وعلمه في المسالك بأن ملك الجزء يبطل عقده لامتناع أن يعقد الانسان لنفسه على أمته عقداً ، وهو يستلزم بطلان الاستدامة ولا يمكن الحكم ببقاء العقد في الجزء الآخر ، لأن العقد لا يتبعّض ليبطل في بعضه ويصح في بعض آخر ، فتعيّن بطلانه في الجميع .

قال : وأما تحريم وطئها فلاستلزامه التصرف في مال الغير بغير إذنه الممنوع عقلاً وشرعاً .

أقول : والأظهر الاستدلال على ذلك بما رواه الصدوق - رحمه الله عليه -^(٢)

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٥٦ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٤ ، مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧١ ب ٦١ ح ١ وفيه « عن علي بن حديد » مع اختلاف يسير .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٤ ح ٢٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ح ٦٤٦ ح ١ .

بطريقه عن زدة عن سماعة قال : سألته عن رجلين بينهما أمة فزوجهما من رجل ثم إن الرجل اشترى بعض السهمين ، قال : حرمت عليه باشرائه إياها وذلك أن يبيعها طلاقها إلا أن يشتريها جميعاً .

و رواه في الكافي ^(١) في الموثق عن سماعة أيضاً مثله ، إلا أن فيه « إلا أن يشتريها من جميعهم » .

وإذا ثبت بطلان العقد بالخبر المذكور حرم وطؤها لاستلزامه التصرف في مال الشريك بغير إذنه ، وحينئذ فلا طريق إلى حلها إلا بشراء الجميع أو بيع الجميع ، ثم تجديد النكاح بأحد الأسباب المبيحة له ، وأشار - بقوله : ولو أمضى الشريك الآخر العقد - إلى الرد على الشيخ في النهاية حيث قال : إذا تزوج رجل جارية بين شريكين فاشترى نصيب أحدهما حرمت عليه ، إلا أن يشتري النصف الآخر ، أو يرضى مالك نصفها بالعقد ، فيكون ذلك عقداً مستأنفاً ، وتبعه ابن البراج . ورد بأنه إن كان عقد النكاح قد بطل بالشراء كما هو الظاهر فكيف يصير صحيحاً بمجرد الرضا ، وإن لم يبطل فلا وجه لاعتبار رضاه بعد العقد ، لأن العقد المذکور وقع أولاً برضاه ولم يتجدد له ملك فلا يقف على إجازته .

أقول : وقد عرفت دلالة الخبر على البطلان فتعين الحكم به ، فتصحيحه بعد ذلك بمجرد الرضا غير معقول ، وتناول المحقق في نكت النهاية كلام الشيخ هنا فحمله على أن المراد بقوله - أو يرضى مالك نصفها بالعقد - عقد البيع على النصف الثاني ، قال : فكأنه يقول : إلا أن يشتري النصف الآخر من بايع النصف الأول فضولاً ، ويرضى مالك ذلك النصف بالعقد ، فتكون الإجازة كالعقد المستأنف ، ويكون الألف في قوله « أو وقعت » سهواً من الناسخ أو يكون بمعنى الواو ، وعلى هذا فيكون الطريق إلى حلها في كلام الشيخ أمراً واحداً ، وهو شراء النصف الآخر . قال فخر المحققين بعد أن نقل هذا التأويل : وفيه تأسف وبعد ، وقال في

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٦ ح ٢ .

المسالك : وهذا التأويل وإن كان بعيداً إلا أن بناء حكم الشيخ - رحمه الله - على ظاهره أبعد .

أقول : إن الشيخ ليس بمعصوم من ذلك الأقدام ، فكم له من هفوات الأقلام في الأحكام التي لا تقبل الإصلاح بين الأنام ، والظاهر أن ما هنا من ذلك القليل .
الثاني : ما ذكره بقوله «ولو حللها له» إلى آخره ، وتوضيحه أن الأمة إذا كانت مشتركة بين شريكين ، فأحل أحد الشريكين للآخر وطأها ، فهل تحل بذلك ؟ الأكثر على عدم ، قالوا : لاستلزامه تبعض سبب الاباحة ، بمعنى حصول النكاح بالملك والتحليل معاً ، مع أن الله عز وجل حصره في أمرين ، العقد والملك بقوله «إلا على أزواجهن أو ما ملكت أيمانهم»^(١) والتفصيل قاطع الشرية ، فلا يكون الملقق منهما سبباً .

وذهب ابن إدريس إلى حلها بذلك ، لأن المراد بالملك الذي هو أحد السببين المذكورين ما هو أعم من ملك الرقبة والمنفعة ، والسبب الموجب للتحليل هنا هو الملك ، وإن كان مركباً من ملك الرقبة في بعضها وملك المنفعة في البعض الآخر ، فيكون السبب في حل جميعها واحداً ، وهو الملك .

وبدل عليه أيضاً - وإن كان ابن إدريس لا يستند إليه - ما رواه الكليني والشيخ^(٢) في باب السراي وملك الإيمان في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن علي بن رثاب عن محمد بن قيس قال : سألت أبا جعفر عليه السلام - ورواه الصدوق في الصحيح أيضاً عن الحسن بن محبوب عن ابن رثاب عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته - عن جارية بين رجلين دبّراها جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لشريكه ، قال : هي له حلال ، فأيتها مات قبل صاحبه فقد صار نصفها حراً من

(١) سورة المؤمنون - المؤمنون - آية ٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٢ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٣ ح ٢٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٤ ،

الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ح ١ .

قبل الذي مات ، ونصفها مدبراً ، قلت : أرأيت إن أراد الثاني منهما أن يمستها ، أله ذلك ؟ قال : لا ، إلا أن يثبت عتقها و يتزوجها برضاً منها متى ما أراد ، قلت له : أليس قد صار نصفها حراً ، وقد ملكك نصف رقبتها والنصف الآخر الباقي منها ؟ قال : بلى ، قلت : فإن هي جعلت مولاهما في حل من فرجها ؟ قال : لا يجوز لها ذلك ، قلت : لم لا يجوز لها ذلك وكيف أجزت للذي له نصفها حين أحلها فرجها لشريكه فيها ؟ قال : لأن الحرة لا تهب فرجها ولا تميره ولا تحله ، ولكن لها من نفسها يوم ، وللذي دبّر لها يوم ، فإن أحب أن يتزوجها متعة بشيء في ذلك اليوم الذي تملك فيه نفسها فليتمتع منها بشيء قل أو أكثر .

وهذه الرواية قد رواها المشايخ الثلاثة بطرق صحيحة ، إلا أن الشيخ في التهذيب^(١) رواها في أوّل كتاب النكاح بطريق فيه علي بن الحسن بن فضال عن محمد ابن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام ومن تأخر عنه كالمحقق وغيره لم يقفوا إلا على هذا السند ، فردوا الرواية لذلك بالضعف . قال المحقق في النافع : وبالتحليل رواية فيها ضعف ، وفي الشرايع نسيه إلى الرواية كما قدمنا ذكره مؤذناً بضعفه

وقال في المسالك بعد نقل قول ابن إدريس والاستدلال له بنحو ما قدمنا ذكره : و يؤيده رواية محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام في جارية بين رجلين دبّرهما جميعاً ثم أحل أحدهما فرجها لصاحبه ، قال : هو له حلال ، وهذه الرواية تصلح شاهداً لغير ابن إدريس ، فإنه لا يستند إلى مثل هذه الأخبار مع صحتها ، فكيف مع ضعفها ، وكلام ابن إدريس متوجّه وإن كان المنع أولى ، إنتهى .

والظاهر أنه لو وقف على هذه الأسانيد الصحيحة المتعددة لهذه الرواية عن محمد بن قيس وعن محمد بن مسلم عنه عليه السلام لما عدل عن مذهب ابن إدريس ، وبالجمله فالظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس لما عرفت .

الثالث : ما ذكره بقوله « وكذا لو ملك نصفها وكان الباقي حراً » بمعنى أنه

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٥ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٥ ح ١ .

لا يجوز له وطؤها أيضاً لو ملك بعضها وكان البعض الآخر حراً ، وعلل بأن الجزء الحر لا يستباح بملك البعض قطعاً ، ولا بالعقد الدائم اتفاقاً لتبعض السبب ، ولا بالمنقطع لذلك ، ولا بالتحليل ، لأن المرأة ليس لها تحليل نفسها إجماعاً وإنما يقع التحليل من المولى .

أقول : وقد صرح بالحكم المذكور صحيحة محمد بن قيس المتقدمة ، فإنه عليه السلام قد صرح بأنه متى مات أحد الشريكين الذي دبرها وصار نصفها حراً ، فإنه لا يجوز للآخر من الشريكين وطؤها والحال هذه إلا أن يثبت عتقها بمعنى أن تعتق كمالاً ويتزوجه تزويجاً جديداً برضاً منها واختيار ، وبالجمله فالظاهر أن الحكم مما لا خلاف فيه .

بقي الكلام في العقد عليها متعة في أياهما وهو المشار إليه بقوله « فإنها باها على الزمان » ، فإن الرواية المذكورة قد دلت على جواز ذلك ، والأكثر على المنع ، لضعف الخبر عندهم كما عرفت ، ومع ذلك عللوا المنع بأنها بالمهابة لا تخرج عن كون المولى مالكاً لذلك البعض ، وهو يمنع من العقد ، لاستحالة العقد على ملكه ، وتعدد السبب ، وهو المشار إليه بقوله « لما ذكرنا من العلة » ، وعلل أيضاً بأن منافع البضع لا تدخل في المهابة ، وإلا لحل لها المتعة في أياهما وهو باطل اتفاقاً ، والشيخ في النهاية أفتى بالجواز للرواية المذكورة ، وهو الظاهر ، فإن الرواية المذكورة لنقل المشايخ الثلاثة لها بعدة أسانيد أكثرها صحيح - مع عدم المعارض لها إلا هذه التعليقات العقلية التي عرفت ما فيها في غير مقام - لا يمكن طرحها والاعراض عنها ، ومن الظاهر أيضاً أن المتأخرين لو اطلعوا لها على سند صحيح لما عدلوا عنها إلى هذه التعليقات ، وإلى ما ذكرنا من العمل بالرواية المذكورة يميل كلام السيد السند - رحمه الله عليه - في شرح النافع لاطلاعه على تلك الأسانيد الصحيحة ، والله العالم .

المطلب الثاني في الطوارئ^(١):

وهي ثلاثة : العتق والبيع والطلاق ، فتحقيق الكلام في هذا المطلب يقع في مقامات ثلاثة :

الاول : في العتق : وفيه مسائل :

الاولى : لاختلاف بين الأصحاب في أن الأمة لو اعتقت و كانت تحت عبد فإنها تتخير في فسخ نكاحها ، والروايات بذلك متظافرة مستفيضة ، إنما الخلاف فيما لو كانت تحت حر ، فهل يشترط لها الخيار أيضاً أم لا ؟ فذهب الأكثر ومنهم الشيخ في النهاية والمحقق في النافع إلى ثبوته أيضاً ، و ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف والمحقق في الشرايع إلى العدم ، و الواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من روايات المسألة والكلام فيها بما وفق الله سبحانه لفهمه منها .

فمن الأخبار المذكورة ما رواه ثقة الاسلام في الصحيح أو الحسن عن الحلبي^(٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن أمة كانت تحت عبد فاعتقت الأمة ، قال : أمرها بيدها إن شاءت تركت نفسها مع زوجها ، وإن شاءت نزع نفسها منه ، قال : وذكر أن بريرة كانت عند زوج لها ، وهي مملوكة ، فاشتريتها عائشة ، فأعتقتها ،

(١) : أقول : الوجه في تسمية هذه الأمور طوارئ هو أنها نظراً على عقد الأمة فيتغير حكمه الأول إلى حكم آخر لم يكن قبل ذلك ، من التسلط على فسخ العقد وتحريمها في بعض الموارد كما سيبيء ذكره إن شاء الله تعالى ، وبعضهم أطلق عليها المبطلات للعقد ، وفيه أنها لا تبطل العقد مطلقاً ، بل قد تبطل العقد ، وقد يؤول إلى الأبطال فما ذكره الأكثر من المعنى أو لا أظهر ، قيل : وإنما خص الأمور الثلاثة بالتسمية مع أن الطوارئ على نكاح المالك غير منحصر فيها لكثرة مباحث هذه الثلاثة وتشتت أحكامها فتناسب تخصيصها بالذكر وذكر الباقي في ضمنها أو في محل آخر مناسب ، انتهى

(منه - قدس سره -) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٩

ح ٢ .

فخبرها رسول الله ﷺ ، الحديث .

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(١) عن سماعة في الموثق « قال : ذكر أن بريدة مولاة عائشة كان لها زوج عبد ، فلما اعتقت قال لها رسول الله ﷺ : إختاري ، إن شئت أقمت مع زوجك ، وإن شئت فلا » .

ومارواه في التهذيب ^(٢) عن عبد الله بن سنان في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه كان لبريدة زوج عبد فلما اعتقت قال لها رسول الله ﷺ : إختاري » .
وعن محمد بن آدم ^(٣) عن الرضا عليه السلام « أنه قال : إذا اعتقت الأمة و لها زوج خيّر إن كانت تحت عبد أو حر » .

ورواه بسند آخر عن زيد الشحام ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إذا اعتقت الأمة و لها زوج خيّر إن كانت تحت حر أو عبد » .

ومارواه في الفقيه و التهذيب ^(٥) عن محمد بن مسلم في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوكة تكون تحت العبد ثم تعتق ؟ فقال : تخيّر فإن شاءت أقامت على زوجها ، وإن شاءت فارقت » .

وهذه الأخبار متفقة الدلالة على الحكم الأول مضافة إلى الاتفاق عليه .
وأما بالنسبة إلى ما إذا كان الزوج حراً فالذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بذلك رواية محمد بن آدم ورواية زيد الشحام الدالتان على تخييرها سواء

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٧ ح ٥٠ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٣ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٢ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٠ ح ٧ .

كان الزوج عبداً أو حراً كما هو المنقول عن الأكثر .

ومنها ما رواه الشيخ عن أبي الصباح الكناني^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: أيتما امرأة اعتقت فأمرها بيدها ، إن شاءت قامت معه ، وإن شاءت فارقته .

وهي دالة على ذلك أيضاً بإطلاقها ، وهذه الرواية وصفها جملة من الأصحاب - ومنهم شيخنا في المسالك - بالصحة مع أن في طريقها محمد بن الفضيل ، وهو مشترك بين الثقة والضعيف كما لا يخفى على من راجع سندها .

وعن عبد الله بن بكير^(٢) في الموثق عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل حرّ تكح أمة مملوكة ثم اعتقت قبل أن يطلقها: قال هي أملك بيضعها . وهذه الرواية أيضاً صريحة في القول المذكور ، ولم أقف للقول الآخر على دليل ، إلا أصالة لزوم العقد ، وأن إبطاله يحتاج إلى دليل ، فإن هذه الأخبار حيث كانت ضعيفة الإسناد فهي لا تنهض دليلاً يخرج به عن مقتضى الأصل ، وبذلك تمسك السيد السند في شرح النافع حيث قال - بعد إيراد الروايات الثلاث المذكورة - : ويشكل بأن هذه الروايات كلها ضعيفة السند فلا تصلح لاثبات حكم مخالف للأصل ، ثم نقل عن الشيخ في المبسوط والخلاف أنه ذهب إلى عدم ثبوت الخيار هنا ، ثم قال : والمصير إليه متعين .

وشيخنا الشهيد الثاني في المسالك لما وصف رواية الكناني بالصحة^(٣) تمسك بها في الجواب ، وجعلها موجهة للخروج عن حكم الأصل ، وأيدها بالروايتين

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٨ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٢ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١١ .

(٣) حيث أنه بعد أن نقل عنهم الإستناد إلى أصالة لزوم العقد وإن حدوث الخيار يحتاج إلى دليل ، قال : وجوابه أن الدليل مرجوح وهو الرواية الصحيحة السالفة الدالة بعمومها عليه ، وخصوص الروايتين شاهد صريح وأن ضعف طريقها ، انتهى .

الأخيرتين وإن ضعف سندهما ، وهو ظاهر في أنه مع ثبوت ضعف الرواية المذكورة كما أوضحناه فإنه لا يتمسك بها ويلتزم بالقول الثاني .

وبالجملة فإن من يعمل بهذا الاصطلاح المحدث يتعين عليه القول بما ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف ، ومن لم يلتفت إليه ولا يعمل عليه فإنه يتحتم عليه القول بما هو المشهور ، وهو عندنا المؤيد المنصور .

تنبيهات :

الأول : ظاهر الأصحاب الاتفاق على وجوب الفورية بهذا الخيار ، ولم أقف له على دليل إلا على وجوه اعتبارية وكلمات عامية ، وأخبار المسألة المتقدمة عارية عنه ، والأصل عدمه ، إلا إن الخروج عما ظاهرهم الاتفاق عليه مشكل إن سمّ الاتفاق .

قال السيد السند في شرح النافع : وقد قطع الأصحاب بأن هذا الخيار على الفور ، ولا بأس به اقتصاراً فيما خالف الأصل على موضع الوفاق والضرورة . وكيف كان فالظاهر كما صرح به جملة منهم - رضي الله عنهم - أنه لو أخرت الفسخ جهلاً بالعتق أو جهلاً بالخيار ، فإنه لا يسقط خيارها فتعذر في عدم الفورية وهل تعذر مع الجهل بالفورية ؟ إجمالاً : عدم ، لاندفاع الضرر مع العلم بالخيار ، ولا شعاره بالرضا حيث علمت بالخيار وأخرت والمعدورية لاحتمال كون التأخير لفائدة التروي ونحوه ، حيث لا تعلم باشتراط الفورية ، والتأخير لا يكون دليلاً على الرضا إلا مع العلم باشتراط الفورية ، وإلا فلا^(١) .

الثاني : لا يخفى أن الحكم بالتخير في الأخبار المتقدمة معلق على عتق جميع الأمة ، وقضية ذلك أنه لو اعتق بعضها قليلاً كان أو كثيراً فلا خيار ، وقوفاً فيما خالف الأصل على مودده ، وبذلك صرح أيضاً جملة من الأصحاب من غير نقل خلاف .

(١) أي : حيث لا يعلم باشتراط الفورية لا يكون التأخير دليلاً على الرضا ، وهو ظاهر . (منه - قدس سره -) .

الثالث : لو كانت صغيرة أو مجنونة ثبت لها الخيار عند الكمال ، قالوا : وليس للمولى هنا تولي الاختيار ، لأنه منوط بالشهوة والميل القلبي ، فلا يعتد بوقوعه من غيرها ، وإذا أكملت كان الخيار لها على الفور بناءً على ما تقدم من وجوب الفورية ، وللزوج الوطء قبل الاختيار لبقاء الزوجية وعدم انفساخها ما لم تفسخ وهكذا في وطئها وهي كاملة قبل اختيارها الفسخ ، فإنه يجوز له الوطء حيث لا ينافي الفورية .

الرابع : لافرق في ثبوت الخيار بين أن يحدث العتق قبل الدخول أو بعده ، فلو كان قبله سقط المهر ، لأن الفسخ جاء من قبلها وهو موجب لسقوط المهر كما تقدم ، وإن كان بعده فالمهر باقٍ على حاله لاستقراره بالدخول ، وهو ظاهر فيما لو كان العتق بعد الدخول ، فإن العتق الذي هو سبب الخيار إنما وقع بعد استقرار المهر ، أما لو كان العتق قبل الدخول ثم حصل الدخول قبل الاختيار - لما عرفت آنفاً - من عدم المنافاة - فهو مبني على أن الفسخ إنما يرفع النكاح من حينه ، وإن كان سببه قد حصل قبل الدخول ، وحينئذٍ فقد استقر المهر ، وحيث يستقر باختيارها الزوج أو بالدخول قبل الفسخ فهو للسيد ، لوجوبه بالعقد على الأصح ، وكونها حالة العقد مملوكة ، هذا ملخص كلامهم .

الخامس : إستثنى العلامة في القواعد من الحكم بتخيرها على الإطلاق صورة واحدة ، وهي ما إذا كان لشخص جارية قيمتها مائة مثلاً ، وهو يملك مائة أخرى فزوجه بمائة ، ثم أعتقها في مرض الموت قبل الدخول ، وبعبارة أخرى إذا كان قد زوجها بثلاث ماله وقيمتها ثلث أخرى وترك مالا بقدر قيمتها ، ثم أعتقها في مرضه ، أو أوصى بعتقها ووقع العتق قبل الدخول ، فإن تخييرها الفسخ يوجب سقوط المهر كما تقدم ، فلا ينفذ العتق في جميعها ، لانحصار التركة حينئذٍ في الجارية ومقدار قيمتها ، فيبطل العتق فيما زاد على الثلث فيبطل خيارها ، لاشتراطه بعتق جميعها كما سلف ، فيؤدي ثبوته إلى عدم ثبوته ، وهو دور ، ولا فرق

في ذلك بين وقوع التزويج في مرضه وعدمه ، لأنّ تزويجها لا يتضمن إتلافاً ، بل اكتساباً للمهر ، نعم يشترط وقوع العتق في المرض إذا جعلنا منجزات المريض من الثلث ، أو كونه بطريق الوصيّة كما مثلناه ، ولو كان العتق في حال الصحة أو بعد الدخول ، فالتخيير بحاله ، كذا حققة شيخنا في المسالك .

السادس : موارد النصّ التي تقدمت أنّ الخيار للأمة لو اعتقت ، حرّاً كان زوجها أو عبداً على الأشهر الأظهر ، أمّا لو كان الزوج عبداً واعتق ، فإنّه لا خيار له لاختصاص النصوص بالأمة ، ولأنّ الله سبحانه قد جعل يده الطلاق ، فله التخلّص منها بالطلاق بخلاف المرأة ، ونقل عن بعض العامة أنّه أثبت له الخيار قياساً على الزوجة ، ونقل ذلك عن ابن الجنيّد من علمائنا على ما ذكره في المختلف حيث قال : وقال ابن الجنيّد : فإن اعتق العبد و بقيت الزوجة أمة كان له الخيار دونها وفيه ما عرفت .

ونقل عن ابن حمزة أنّه إن أعْتَق السيّد عبده ولم يكرهه على النكاح لم يكن له الخيار ، وإن أكرهه كان له ذلك .

و قال في المختلف - بعد ردّ كلام ابن الجنيّد بأنّه قياس ، والقياس عندنا باطل - : أمّا لو أكرهه مولاه ، فإنّ الوجه ثبوت الخيار له كالحرّ المكره ، وكما لا خيار له فلا خيار أيضاً لمولاه لعدم المقتضى في حقّه ، وكذا لا خيار للزوجة حرة كانت أو أمة ، لأنّها رضيت به عبداً فأولى بأن ترضى به حرّاً .

وقد ورد هذا التعليل في رواية علي بن حنظلة ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل زوج أمّ ولد له من عبد ، فأعتق العبد بعدما دخل بها ، هل يكون لها الخيار ؟ قال : لا ، قد تزوجته عبداً و رضيت به ، فهو حين صار حرّاً أحقّ أن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢ ب ٥٤ ح ٢ .

ترضى به ،^(١)

السابع : إذا زوج عبده أمته ثم أعتق الأمة أو أعتقها ماعاً ، وكذا لو كانا للمالكين فاعتقا دفعة ، فإن الخيار للزوجة كما تقدم .

أما ثبوت الخيار لها في صورة عتقها خاصة فيدل عليه ما رواه الكليني والشيخ^(٢) في الصحيح عن عبدالله بن سنان قال : و سألت عن الرجل ينكح عبده أمته ثم أعتقها ، تخيير فيه أم لا ؟ قال : نعم تخيير فيه إذا اعتقت .

ومارواه في التهذيب^(٣) عن عبدالله بن سليمان قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل نكح أمته عبده وأعتقها ، هل تخيير المرأة إذا اعتقت أو لا ؟ قال : تخيير . وأما في صورة عتقها ماعاً دفعة واحدة الظاهر أن تخيير الأمة هنا مبني على ما تقدم من الخلاف فيما إذا كان الزوج حراً و ذلك لأن عتقها دفعة اقتضى كون المحكم بخيارها حال حريته ، فلا يتم لها الخيار إلا على القول به .

والمحقق في الشرايع قد جمع بين اختصاص التخيير بما إذا كان الزوج عبداً و بين ثبوت الخيار لها إذا اعتقا دفعة ، و مثله ما في التحرير و هو لا يخلو عن غفلة

(١) أقول : وبعضه ما رواه في الكافي [ج ٥ ص ٤٨٧ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٦ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢ ب ٥٤ ح ١] عن أبي بصير - وهو ليث المرادي فيكون الخبر صحيحاً - عن أبي عبدالله عليه السلام - « في العبد يتزوج الحرة ثم يعتق فيصيب فاحشة ، قال : فقال : لا يرجم حتى يواقع الحرة بعدما يعتق ، قلت : فللحرة عليه الخيار إذا أعتق ؟ قال : لا ، قد رضيت به وهو مملوك فهو على نكاحه الأول » .

قوله - عليه السلام - « لا يرجم حتى يواقع الحرة بعدما يعتق » فيه دلالة على أنه لا يستحق الرجم إلا أن يكون محصناً ، لأحصان لا يحصل إلا بعد موافقة الحرة معتقاً ، لأن الأمرين شرط في الأحصان الموجب للرجم كما قرر في محله . (منه - رحمه الله -) .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٩

ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ١٠ .

لما عرفت من أن التخيير لها في صورة عتقهما معاً دفعة واحدة إنما يتم على القول المشهور من عدم الفرق بين كون الزوج حراً أو عبداً لا على القول الآخر الذي هو مذهبه في الشرايع كما تقدم .

و العلامة في القواعد قد تنبه لذلك ، فرتب الحكم بتخييرها هنا على الخلاف المتقدم .

بقي هنا إشكال قل من تنبه له وهو أنه قد روى الكليني والشيخ (١) في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا أعتقت مملوكاً كيك رجلاً وامرأته فليس بينهما نكاح ، وقال : إذا أحببت أن يكون زوجها كان ذلك بصداء ، والمستفاد منه بطلان نكاح المملوكين بعتقهما معاً ، والمعروف من كلام الأصحاب من غير خلاف يعرف كما عرفت هو التخيير لا البطلان ، والله العالم .

المسألة الثانية : لا خلاف بين أصحابنا في جواز تزويج الرجل أمته بأن يجعل عتقها صداقها ، واعترف غير واحد منهم بأنه من الأصول المقررة أن تزويج الرجل أمته باطل إلا في هذه الصورة فإنه يجوز عند علمائنا أن يجمع للنصوص المستفيضة ، بل ادعى بعضهم وصولها إلى حد التواتر .

وأورد المحقق في نكت النهاية على هذا الحكم - بسبب مخالفته للأصول - سؤالات (٢) ، ثم تكلف الجواب عنها ، وقال في آخر كلامه : إنه بتقدير منّا فإنها الأصل يجب المصير إليها لتحقيق مشروعيتها بالنقل المستفيض .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٣ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦٢

ح ١ .

(٢) أقول : ومجملها أنه كيف يجوز أن يزوج جاريته ، وهي مملوكة البضع بغير التزويج ، وكيف يتصور الإيجاب والقبول وهي مملوكة ، ثم المهر يجب أن يكون متحققاً قبل العقد ، ومع تقديم التزويج الذي هو مذهب الأكثر لا يكون متحققاً ثم يلوح منه الدور ، فإن العقد لا يتحقق إلا بالمهر الذي هو العتق ، والعتق لا يتحقق إلا بعد العقد ... إلى آخر كلامه زيد في إجماعه . (منه - قلنس سره -) .

وقريب منه كلام العلامة في المختلف حيث قال - بعد كلام في المقام - :
وبالجملة فلو كانت هذه المسألة منافية للأصول ، لكن بعد ورود النقل فيه يجب
المصير إليه متابعة للنقل ، وتصير أصلاً بنفسها ، كما صارت الدية على العاقلة
أصلاً ، إنتهى .

أقول : وفيه تأييد أكيد و تشييد سديد لما قدمناه في غير موضع من أن
الواجب الوقوف على ماوردت به الأخبار عنهم عليهم السلام وإن خالفت مقتضى القواعد
المقررة بينهم ، و تخصيص تلك القواعد بها .

قال شيخنا في المسالك : والأصل فيه أن النبي صلى الله عليه وآله اصطفى صفية بنت حي
ابن أخطب من ولد هارون بن عمران عليه السلام في فتح خيبر وأعتقها ، وتزوجها وجعل
عتقها مهرها بعد أن حاضت حيضة^(١) .

أقول : ولا بأس بنقل جملة من الأخبار الواردة بذلك ، و منها ما رواه في
الكافي^(٢) عن عبيد بن زرارة في الحسن «أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا قال
الرجل لأمة : أعتقتك وأتزوجك وأجعل مهر كعتقتك ، فهو جائز» .

وعن سماعة بن مهران^(٣) في الموثق «قال : سألت عن رجل له زوجة وسرية
يبدوله أن يعتق سريته ويتزوجها ، فقال : إن شاء اشترط عليها ، أن عتقها صداقها .
فإن ذلك حلال ، أو يشترط عليها ، إن شاء قسم لها ، وإن شاء لم يقسم ، وإن شاء
فضل الحرة عليها ، فإن رضيت بذلك فلا بأس» .

وعن الحلبي^(٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن

(١) البحار ج ٢١ ص ٣٤ طبعة طهران الجديدة .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ .

ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ح ٣ .

الرجل يعتق الأمة ويقول : مهرك عتقك ؟ فقال : حسن .

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ^(١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تكون له الأمة فيريد أن يعتقها فيتزوجها ، أيجعل عتقها مهرها ، أو يعتقها ثم يصدقها ؟ وهل عليها منه عدة ؟ وكم تعتد إن أعتقها ؟ وهل يجوز له نكاحها بغير مهر ؟ وكم تعتد من غيره ؟ فقال : يجعل عتقها صداقها إن شاء ، وإن شاء أعتقها ثم أصدقها ، وإن كان عتقها صداقها فإنها تعتد ولا يجوز نكاحها إذا أعتقها إلا بمهر ولا يبطأ الرجل المرأة إذا تزوجها حتى يجعل لها شيئاً وإن كان درهماً .

وعن عبيد بن زرارة ^(٢) في الصحيح أو الحسن بنعلبة وهو ابن ميمون أنه سمع أبا عبد الله عليه السلام يقول : إذا قال الرجل لأتمته : أعتقك و أتزوجك و أجعل مهرك عتقك ، فهو جائز .

ومارواه الشيخ ^(٣) عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : أيتها رجل شاء أن يعتق جاريته ويتزوجها ويجعل عتقها صداقها فعل .

وعن عبيد بن زرارة ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : رجل قال لجاريته : أعتقتك وجعلت عتقك مهرك ؟ قال : فقال : جائز .

ومارواه الشيخ في الأمالي ^(٥) بسنده فيه عن صفية قالت : أعتقني رسول الله ﷺ وجعل عتقي صداقي .

إلى غير ذلك من الأخبار الآتية - إن شاء الله تعالى - في المقام .

وكيف كان فتحقيق البحث في هذه المسألة يستدعي بسط الكلام في مواضع :

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٠٩ ب ١١ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٢ وفيه « صداقها عتقها » ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٥ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٦ .

(٥) الأمالي ص ٢٥٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠ ح ٨ .

الأول: إختلف الأصحاب في الصيغة الموجبة لهذا الحكم من صحة التزويج وحصول العتق وكونه عوضاً عن المهر، فلا يجب عليه مهر بعد ذلك، فهل يشترط تقديم التزويج على العتق أو عكسه؟ أو يجوز الكل منهما؟ الأكثر منهم على الأول وذهب الشيخ في الخلاف وقبلة الشيخ المفيد - رحمه الله - إلى اشتراط تقديم العتق، اختاره العلامة في المختلف والارشاد، وإلى القول الثالث ذهب المحقق في الشرايع وجملة من المتأخرين منهم السيد السند في شرح النافع، وقبلة جده في المسالك، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين.

واستدل على القول الأول بما رواه الصدوق في الفقيه^(١) عن علي بن جعفر في الصحيح عن أخيه موسى عليه السلام قال: سألت عن رجل قال لأمه: أعتقتك وجعلت عتقك مهر ك، فقال: اعتقت وهي بالخيار، إن شاءت تزوجته، وإن شاءت فلا، فإن تزوجته فليعطها شيئاً، فإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهر ك عتقك فإن النكاح واقع ولا يعطيها شيئاً^(٢).

روى هذه الرواية الشيخ في التهذيب مرسلة عن علي بن جعفر، فلذا ردّها في المسالك بالضعف بناءً على رواية الشيخ لها، ولم يطلع على رواية الصدوق لها بالطريق الصحيح، ومن العجب أيضاً أنه في المسالك نقل عجز الرواية بهذه الصورة «وإن قال: تزوجتك وجعلت مهر ك عتقك فإن النكاح باطل لا يعطيها شيئاً فجعل محلّ قوله «واقع» في الرواية لفظ «باطل» وقال بعد ذلك في دفع دلالة الرواية على مطلوبهم: ويدلّ عليه تصريحه بالبطلان في رواية علي بن جعفر مع

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٦، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٩، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٠

ح ١.

(٢) أقول وبهذه الرواية أفنى الصلوق في المقنعة فقال: وإذا قال الرجل لأمه: أعتقتك وأجعل عتقك مهر ك فقد عتقت، وهي بالخيار إن شاءت تزوجته، وإن شاءت لم تزوجه، وإن تزوجته فليعطها شيئاً، وإن قال: قد تزوجتك وجعلت مهر ك عتقك، فإن النكاح واجب ولا يعطيها شيئاً وقد عتقت، إنتهى. (منه - قدس سره -).

تقديم التزويج الذي هو مطلوبهم، ولم ينقلها ناقل غيره بهذه الكيفية، لافي كتب الحديث، ولا في كتب الاستدلال.

والتقريب في الاستدلال بالرواية المذكورة أنه عليه السلام حكم بالعتق دون التزويج في صورة تقديم العتق، و حكم بالتزويج والعتق معاً في صورة تقديم التزويج.

وردّ بأنه يجوز أن يكون حكمه عليه السلام يبطال النكاح في الصورة الاولى إنما استند إلى عدم ذكر التزويج في هذه الصيغة، لا إلى تقديم العتق على التزويج، إذ لفظ التزويج غير مذكور في السؤال، وغاية ما ذكر فيها العتق والمهر فبجاز أن يكون البطلان إنما نشأ من الاخلال بهذا اللفظ، لا من تقديم العتق عليه. ونحو هذه الرواية رواية محمد بن آدم^(١) عن الرضا عليه السلام في الرجل يقول لجاريته: قد أعتقتك وجعلت صداقك عتقك، قال: جاز العتق، والأمر إليها، إن شاءت زوجته نفسها وإن شاءت لم تفعل، فإن زوجته نفسها فأحب له أن يعطيها شيئاً. والتقريب التقريب المتقدم، والجواب عن ذلك الجواب المتقدم، ويزيده أن القائل بالصحة على تقدير تقديم العتق يعتبر معه التصريح بالتزويج، وهو منتفٍ في الروايتين المذكورتين.

أقول: ظاهر رواية عبيد بن زرارة المتقدم نقلها عن التهذيب صحة النكاح وحصول العتق بقوله «أعتقتك وجعلت عتقك مهرك» فإن قوله عليه السلام «جائز» إنما هو بمعنى الصحيح لأنه لا وجه للحمل على العقد المتزلزل هنا، بل هو إما صحيح أو باطل، وهو بظاهره مخالف لما دل عليه صحيح علي بن جعفر، ورواية محمد بن آدم من عدم صحة النكاح، وإنما الثابت العتق خاصة، إلا أن يحمل الجواز في كلامه عليه السلام على جواز العتق خاصة كما هو مدلول الخبرين المذكورين، ويحتمل أيضاً أن لفظ «التزويج» سقط من هذا الخبر بناءً على رواية صاحب الكافي له بزيادة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٥، الوسائل ج ١٤ ص ٥١١ ح ٢.

لفظ «التزويج» كما سلف .

وبالجملة فإنه لا بد من ارتكاب التأويل فيه بما يخرج به عن المخالفة للخبرين المذكورين ، وفي المسالك أورد هذا الخبر دليلاً للقول بما ذهب إليه الشيخ في الخلاف من اشتراط تقديم العتق في صحة النكاح ، ثم أطال فيما أورد على الاستدلال به والجواب عن ذلك ، والأظهر ما عرفت من أنه على ظاهره لا يخلو من الاشكال ، فلا بد من ارتكاب التأويل فيه .

واحتج القائلون بالقول الثاني - كما أشار إليه المحقق في الشرايع - بأن بضع الأمة مباح لمالكها بدون العقد ، فلا يستباح بالعقد ، فلا بد من تقديم العتق ليقع العقد على الحرية .

ورد بأن الكلام إنما يتم بآخره ، ولو لا ذلك لم يصح جعل العتق مهراً ، لأنه لو حكم بوقوعه بأول الصيغة امتنع اعتباره في التزويج المأني به بعد . أقول : ومن ذلك ظهر وجه القول الثالث ، وهو الأظهر ، ومرجه إلى أنه لا فرق بين تقديم لفظ التزويج أو العتق ، لأن الكلام جملة واحدة إنما يتم بآخره . ومما يدل على الصحة مع تقديم لفظ التزويج صحيحة علي بن جعفر المتقدمة .

ومما يدل على الصحة مع تقديم لفظ العتق صحيحة عبيد بن زرارة المتقدم نقلها عن الكافي ، وفي معناها رواية محمد بن مسلم المتقدمة أيضاً ، وعلى هذا يحمل إجمال باقي روايات المسألة مما قدمناه وغيره ، فإن اشتمل الكلام على العتق والتزويج حكم بهما من غير نظر إلى تقدم خصوص واحد منهما ، وإن اشتمل على العتق خاصة فإنما يحكم به خاصة .

الثاني : لوقال : تزوجتك وجعلت مهرك عتقك ، فهل يكتفي في العتق عن الاثبات بلفظ اعتقتك ؟ الأشهر الأظهر الأول ، وعليه يدل صحيحة علي بن جعفر المتقدمة .

قال في المختلف : ألقاظ علمائنا وما ورد في الأخبار يدل على الاكتفاء بقوله تزوجتك وجعلت مهر كعتقك ، وإن لم يقل اعتقتك أو أنت حرة ، بل يقع العتق بقوله وجعلت عتقك مهر ك ، كما لو أمهر امرأة ثوباً وقال لها : قد تزوجتك وجعلت مهر ك هذا الثوب ، فإذا قبلت ملكته بالقبول ، فكذا لو جعل العتق مهرأ فإنها تملك نفسها بالقبول ، ولا حاجة إلى النطق بالعتق وغير ذلك ، إنتهى وهو جيت .
ونقل عن ظاهر المفيد وأبي الصلاح أنهما اعتبرا لفظ اعتقتك ، لأن العتق لا يقع إلا بالصيغة الصريحة ، وهو التحرير أو الاعتاق ، فلا بد من التلقظ بأحدهما .
ورد - بعد تسليم انحصار العتق في هاتين الصيغتين - بأن هذا العقد قد ثبت بالنصوص الصحيحة الصريحة التي لا سبيل إلى ردها ، فلا يقدر فيه مخالفته للاصول المقررة سيما مع ما عرفت آنفاً من أن أصل هذه المسألة إنما بني على خلاف الأصول المقررة والقواعد المعتمدة ، وظاهره في المختلف اختيار ما ذهب إليه الشيخ المفيد وأبو الصلاح^(١) بعد اعترافه بأن الأول هو الوارد في الأخبار ، وتعليقه ذلك زيادة على دلالة الأخبار بما قدمنا نقله عنه ، وهو لا يخلو من تعجب .

الثالث : الظاهر كما استظهره العلامة في المختلف وجمع من المتأخرين أنه لا حاجة إلى القبول هنا من المرأة ، وذلك لأن مستند شرعية هذا العقد هو النصوص المستفيضة ، وهي خالية من اعتبار ذلك إذ ليس في شيء منها ما يدل على ذلك ، ولأنها حال الصيغة مملوكة ، فلا اعتبار برضاها ، ولأن رضاها لو كان معتبراً لبطل ما وقع من المولى ، لأنه قائم مقام القبول ، حيث إنه وظيفته ، ووظيفة الإيجاب من جهتها ، ولأنه لا بد من كمال المتعاقدين حال الإيجاب والقبول ، وهو منتفٍ هنا ، واحتمل جملة من الأصحاب اشتراط القبول كغيره من العقود

(١) فإنه بعد أن نقل عن أبي الصلاح أن صيغته مع تكامل الشروط أن يقول سيدها قد اعتقتك وتزوجتك وجعلت عتقك صداقك قال : وهو المعتمد وهو قول شيخنا المفيد في مقننته أيضاً ، إنتهى . (منه - قدس سره -) .

الشرعية ، لأن العقد في عرف أهل الشرع هو المَرْكَب من الإيجاب والقبول ، قالوا : ولا يقدح في ذلك كونها مملوكة ، لأنها بمنزلة الحرية حيث تتحرر بتمام العقد ، فرقيتها غير مستقرة ، ولولا ذلك لامتنع تزويجها ، والواقع منها منزل منزلة الإيجاب ، وإن كان بلفظ القبول لحصول ما يعتبر في العقد في اللفظ الواقع من المولى فكان الاعتبار من جانبها مجرد الرضاء به ، سواء سمّيناه إيجاباً أم قبولاً .

أقول : العجب منهم - رضوان الله عليهم - أنهم يعترفون بأن أصل هذه المسألة إنما بنيت على خلاف القواعد الشرعية المقررة عندهم لدلالة النصوص المستفيضة على شرعية هذا العقد وصحته وإن كان على خلاف القواعد ، ويتكلمون هنا لوجوب القبول بهذه التكاليف البعيدة مع خلو النصوص على كثرتها من ذلك حتى أنهم قسوا : إنه يعتبر وقوعه بالعريضة وعلى الفور على نهج سائر العقود اللازمة .

والذي اختاره في المسالك ومثله سبطه السيد السند في شرح النافع هو الأول ولا ريب في ظهور قوته ، وضعف ما عارضه ، وهو يرجع إلى ما ورد في جملة من الأخبار من الأمر بالسكوت عما سكت الله عنه وإبهاً ما أبهمه الله ، والنهي عن القول في الأحكام الشرعية بغير سماع منهم .

الرابع : اختلف الأصحاب فيما إذا طلقها قبل الدخول ، فقال الشيخ في النهاية : وإن طلق التي جعل عتقها مهرها قبل الدخول بها ، رجع نصفها رتقاً ، واستسعت في ذلك النصف ، فإن لم تسع فيه كان له منها يوم ، ولها من نفسها يوم في الخدمة ، وإن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدي عنها النصف الباقي وينعتق حينئذٍ ، انتهى . وتبعه ابن حمزة في ذلك ، وبه قال العلامة في الإرشاد .

وقال الصدوق في المقتنع : وإذا أعتقها وجعل عتقها صداقها ثم طلقها قبل أن يدخل بها فقد مضى عتقها ، ويرجع إليها سيدها بنصف قيمة ثمنها تسعى فيه ، وبه قال ابن الجنيدي وابن البراج وابن إدريس والعلامة في المختلف .

والأصل في هذا الخلاف إختلاف الأخبار في المسألة ، فمما يدل على القول الأول ما رواه الشيخ^(١) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعتق جاريته ، ويقول لها : عتقتك مهرك ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : يرجع نصفها مملوكاً ويستسعيها في النصف الآخر .

وعن يونس بن يعقوب^(٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل أعتق أمة له وجعل عتقها صداقها ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، قال : يستسعيها في نصف قيمتها ، فإن أبت كان لها يوم ، وله يوم في الخدمة ، فإن كان لها ولد وله مال أدى عنها نصف قيمتها وعتقت .

ورواه الصدوق في الفقيه بإسناده عن الحسن بن محبوب عن يونس بن يعقوب . وعن عباد بن كثير البصري^(٣) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل أعتق أم ولد له وجعل عتقها صداقها ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، قال : يعرض عليها أن تستسعي في نصف قيمتها ، فإن أبت هي فنصفها رق ونصفها حر .

وأما ما يدل على الثاني فهو ما رواه الشيخ^(٤) في الصحيح عن عبد الله بن سنان قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل أعتق مملوكة له وجعل عتقها صداقها ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : قد مضى عتقها وترد على السيد نصف قيمة ثمنها تسعى فيه ولا عدة عليها .

وما رواه في الكافي^(٥) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يعتق أمة

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠١ ح ١٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ٤ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٢ ح ١٤٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦١ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٣ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ١٠٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٤ ح ٣ .

فيجعل عتقها مهرها ، ثم يطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : ترد عليها نصف قيمتها تستسعي فيها .

والعلامة في المختلف قد احتج على ما اختاره - من مذهب الصدوق - بأنها ملكت نفسها بالاصداق وعتقت فلا ترجع مملوكة بعد العتق ، قال : وكلام الشيخ إنما يتم لو قلنا أن المرأة لا تملك جميع المهر بالمقد ، بل تملك النصف به ، والنصف الآخر بالدخول ، ثم أجاب عن الأخبار الثلاثة المتقدمة بأنها ضعيفة السند ، ثم قال : والوجه أن يقال كما قال الصدوق : تستسعي في نصف قيمتها ، لأن نصفها يجري مجرى التالف من المهر المعين ، أو تنتظر إلى أن يوسع الله تعالى عليها ويؤيد برواية عبدالله بن سنان ، ثم ساق الرواية كما قدمنا ، وعده الرواية مؤيداً دون أن يعدها دليلاً ، كأنه لعدم صحتها عنده مع أنها كما عرفت صحيحة السند ، لأن الشيخ رواها عن الحسن بن محبوب عن عبدالله بن سنان ، وطريقه إلى الحسن بن محبوب صحيح كما نبهوا عليه ، وأنت خير بأن المسألة محل إشكال لتعارض هذه الأخبار ، وعدم ظهور وجه للجمع بينها ، وإن أمكن أن يقال بتخير المولى بين الأمرين لأنه ملك نصفها بالطلاق ، كما لو أصدقها زوجها^(١) ، وملكها نفسها بالعتق كما يشير إليه كلامه مع تسليمه فهو ملك متزلزل ، إنما يستقر بالدخول كما في غيره من المهور ، وقوله : إن الحر لا يعود رقاً مسلماً بالنسبة إلى من استقرت حرية لا مطلقاً .

ولا يحضرني الآن كلام لأحد من أصحابنا في المقام غير ما نقلته عن العلامة في المختلف .

(١) بمعنى أنه تزوج امرأة وأصدقها أمة ثم طلق المرأة قبل الدخول بها فيرجع عليها بنصف الأمة التي هي المهر ، ولا فرق بين المسألتين إلا أن الأمة جعلت مهرأ لنفسها بالعتق فيما نحن فيه ، وجعلت مهرأ لغيرها في المسألة المفروضة ومرجع الأمرين إلى أمر واحد .

(منه - قدس سره -) .

ثم إن ما ذكره الشيخ فيما قدمنا نقله عنه - من أنه إن كان لها ولد له مال ألزم أن يؤدي عنها النصف الباقي - قد اعترضه فيه جماعة منهم ابن إدريس والمالمة في المختلف ، قالوا : لأصالة براءة ذمة الولد إلا أن يتبرع الولد بأداء ذلك ، وبه صرح ابن الجنيّد فقال : ولو طلقها قبل الدخول بها مضى عتقها ، واستسعت في نصف قيمتها ، وإن كان لها ولد فأدى نصف قيمتها عتقت ، إنتهى .

والظاهر أن الشيخ قد استند فيما ذكره إلى رواية يونس بن يعقوب المتقدمة ، إلا أنها غير صريحة في إلزام الولد بذلك ووجوبه عليه ، والله العالم .

المسألة الثالثة : إختلف الأصحاب فيما إذا اشترى أمة نسية ، فأعتقها

وتزوجها وجعل عتقها مهرها فحملت منه ، ثم مات المولى ولم يترك ما يقوم بشئها فقيل : بأن العتق صحيح ولا سبيل عليها ولا على ولدها ، بل يكونان حرين ، وهو اختيار ابن إدريس والمالمة وولده وأكثر المتأخرين ، وقيل ، يبطلان العتق وعودها رقاً ، وأن ولدها رق ، وهو قول الشيخ في النهاية وابن الجنيّد وابن البراج . والأصل في هذه المسألة ما رواه الكليني في الكافي ^(١) في الصحيح والحسن

معاً عن هشام بن سالم قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل باع من رجل جارية بكذا إلى سنة فلما قبضها المشتري أعتقها من الغد ، وتزوجها وجعل مهرها عتقها ، ثم مات بعد ذلك بشهر ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : إن كان للذي اشتراها إلى سنة مال أو عقدة تحيط بقضاء ما عليه من الدين في رقبتها ، فإن عتقه ونكاحه جائز ، قال : وإن لم يكن للذي اشتراها فأعتقها وتزوجها مال ولا عقدة يوم مات تحيط بقضاء ما عليه من الدين برقبته ، فإن عتقه ونكاحه باطلان لأنه أعتق ما لا يملك ، وأرى أنها رق لمولاه الأول ، قيل له : فإن كانت علقته - أعني من المعتق لها المتزوج بها - ما حال الذي في بطنها ؟ فقال : الذي في بطنها مع أمه كهيئتها .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٢ ب ٧١ ح ١ .

ورواه الشيخ في التهذيب^(١) عن الحسن بن محبوب عن هشام بن سالم عن أبي بصير قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام الحديث ، واضطربت آراء المتأخرين في هذه الرواية من حيث صحة سندها فلم يتجاسروا على ردها ، ومن حيث مخالفتها لجملة من القواعد الشرعية والضوابط المرعية فلم يقدموا على القول بما دلت عليه بظاهرها كما قدم عليه الشيخ ومن تبعه .

ونقل عن المحقق في نكت النهاية أنه قال : إن سلم هذا النقل ، فلا كلام في جواز استثناء هذا الحكم من جميع الاصول المنافية لعلّة لانعلمها ، لكن عندي أن هذا خبر واحد لا يعضده دليل ، فالرجوع إلى الأصل أولى ، وفي الشرايع صرح بردها تبعاً لابن إدريس لمخالفتها الاصول الشرعية ، لأن العتق والتزويج صدرتا من أهلها في محلّها فوجب الحكم بصحتها وبحريّة الولد لحريّة أبويه ، وحملها العلامة في المختلف على وقوع العتق والنكاح والشراء في مرض الموت ، بناءً على مذهبه من بطلان التصرف المنجز مع وجود الدين المستغرق ، وحينئذٍ فترجع رقاً ويتبين بطلان النكاح ، واعترضه تلميذ السيد السند عميد الدين بأن الرواية اقتضت عودها و ولدها رقاً كهيئتها ، وتأويله لا يتم إلا في عودها إلى الرق لا في عود الولد ، لأن غايته بطلان العتق في المرض فتبقى أمة ، فإذا وطأ الحر أمة لا ينقلب ولده رقاً ، بل غايته أن أمّه تباع في الدين^(٢) .

(١) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٢ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٢ ب ٧١ ح ١ .

(٢) أقول : ما نقلناه في الأصل من كلام السيد عماد الدين المذكور إنما نقلناه من كلام صاحب

المسالك ، الذي وقفت عليه في شرح السيد المذكور على القواعد هذه صورته : والمصنف في المختلف حمل هذه الرواية على وقوع ذلك في مرض موته ، فإن منجزات المريض تخرج

عنده من ثلث تركته ما لم يكن عليه دين ، أما مع وجود الدين فإنه يجب أن يبدأ بإخراج الديون ، فإذا كان مستغرقاً بطل العتق ، وترجع رقاً إلى مولاه .

وأقول : هذا التأويل لا يتم أيضاً لأن الرواية إقتضت عود ولدها رقاً كهيئتها ، وهو مناف

و أجاب ابنه فخر المحققين انتصاراً لوالده عن ذلك بأنه ليس في الرواية ما يدل على رقيّة الولد إذ ليس فيها إلا قوله كهيئتها ، وهو أعم من أن يكون كهيئتها في حال الحكم بحريّتها قبل ظهور عجزه عن الثمن ، فيكون حراً ، أو بعده فيكون رقاً ، ولادلالة للعام على الخاص ياحدى الدلالات .

ورده شيخنا الشهيد في شرح الارشاد بأن هذا كلام على النص فإن المفهوم من قوله كهيئتها ليس إلا أن حكمه حكمها في حال السؤال ، وقد حكم قبل ذلك بأنها رق فيكون الولد رقاً ، فهو دال على رقيّته بالمطابقة ، إذ هذا اللفظ موضوع لهذا المعنى ، وتجوز مثل هذا التأويل يمنع التمسك بجميع النصوص ، وفي التزامه ما لا يخفى . انتهى وهو جيد .

وبذلك يظهر أن حمل العلامة الرواية على ما ذكره مع تسليمه فإنه لا يتم في الولد مع أنه قد نوقش في أصل الحمل المذكور بأنه يشكل في الام أيضاً من جهة اخرى ، وهي أن الرواية دلّت على عودها رقاً للبائع ومقتضى الحمل جواز بيعها في دينه ، لا عودها إلى ملكه .

ونقل عن العلامة في التحرير الحمل على أنه انكشف فساد البيع وطأ بعد علمه بذلك ومات ، فعلى هذا يكون زانياً فارقاً ولده .

واختار هذا الحمل الشيخ أحمد بن فهد الاحسائي في شرحه على الارشاد ، قال : والمختار ما أوله المصنف في التحرير ، ثم ذكر العبارة المذكورة ، و أورد عليه بأن الرواية قد تضمنت أنه إذا خلف ما يقوم بقضاء ما عليه يكون العتق والنكاح صحيحين جائزين ، ومتى حمل على فساد البيع - كما ذكره - فإنه لا معنى

لمذهب المصنف فإنه على تقدير أن يكون عتقها في مرض موته يكون العتق والنكاح باطلين ، وأن أولاده لا يجوز إسترقاقهم ، غاية ما في الباب أنها تباع في الدين . انتهى ، والظاهر أن شيخنا في المسالك نقل العبارة بالمعنى الواضح حيث أن كلامه غير خال من الإجمال فأوضحه - قدس سرهما - بأوضح بيان . (منه - قدس سره -) .

للمحكم بجوازهما سواء خلف شيئاً أولم يخلف ، وهو ظاهر .

وحملها ثالث^(١) على أنه فعل ذلك مضارة ، والعتق يشترط فيه القرية ، وردت بأن بطلان العتق لا يقتضي عودها إلى مولاهما الأول ولا رقية الولد ، مع أن البطلان قد عكّل في الرواية بأنه أعتق ما لا يملك ، وهو غير مناسب لهذا الحمل . وقال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بعد ذكر التأويلات المذكورة ما ملخصه : وأقول : أن الموجب لهذا الاعتناء والتكلف لهذه الرواية المخالفة للأصول هو ما اعتقده من صحة سندها ، وقد صرح بصحتها جماعة من الأصحاب المعبرين كالعلامة وتلميذه الفخر والعميد والشهيد وغيرهم ، وفي صحتها عندي نظر من وجهين ، ثم ذكر الوجه الأول بما ملخصه : إن أبابصير الراوي مشترك بين ليث المرادي ، ويحيى بن القاسم الأسدي ، والأول وإن كان ثقة إلا أن الثاني ضعيف مختلط ، ولا قرينة هنا على تعيين الثقة منهما ، ثم ذكر الوجه الثاني بما ملخصه : إن الرواية المذكورة رواها الشيخ في مواضع عديدة ، وفي بعضها هشام بن سالم عن أبي بصير ، وفي بعضها عن هشام بن سالم عن أبي عبد الله عليه السلام ، والكليني رواها عن هشام عنه عليه السلام بغير واسطة ، قال : وحينئذ تكون الرواية مضطربة الإسناد ، والاضطراب في الإسناد يمنع الصحة كما قرر في علم الدراية ، والفرض أن هذه الرواية ليست مقطوعة الصحة في سندها كما ذكره ، فلا يصعب إطراحها حيث تخالف الأمور القطعية التي شهد لها الأصول الشرعية ، إنتهى .

أقول : أما كلامه في الوجه الأول فجيد ، بناء على العمل بهذا الاصطلاح المحدث . وأما كلامه في الوجه الثاني ففيه أن عد ذلك من باب الاضطراب الذي ترد به الرواية منع ظاهر ، كما تقدم الكلام فيه في غير موضع ، فإنه من الجائز أن

(١) أقول : هذا الحمل الثالث نقله الشهيد في شرح الإرشاد عن الشيخ قومان بن أحمد العاملي المناري ، وهذا الشيخ قد ذكرنا أحواله في إجازتنا الكبيرة .

(منه - قدس سره -) .

يروي الراوي تارةً مشافهةً وتارةً بواسطة ، وأي مانع من ذلك .

وبالجملة فالطعن في الرواية بضعف السند ليس في محله ، نعم الطعن فيها بمخالفة الأصول والقواعد المتفق عليها نصاً وفتوىً يمكن ، إلا أنه قد تقدم له نظائر لاتكاد تحصى كثرة ، وما ذكره المحقق في نكت النهاية - من أنه متى سلم هذا النقل فلا كلام في جواز استثناء هذا الحكم من جميع الأصول المنافية لعلّة لانعدها - جيد وإن كان قد رجح عنه ، وكيف كان فالمسألة غير خالية من من شوب الاشكال لما عرفت ، والله العالم بحقيقة الحال .

المسألة الرابعة : لا إشكال في أن أم الولد إنما تنتعق بعد وفاة المولى من نصيب ولدها ، لأن مجرد الاستيلاء لا يكون سبباً في العتق ، وإثما غايته التثبيت بواسطته بالحرية ، ولا خلاف أيضاً في أنه لو مات ولدها وأبوه حيّ عادت إلى محض الرقيّة وجاز بيعها ، إنما الخلاف هنا في مواضع :

أحدها : ما نقله في المختلف عن ابن إدريس أنه نقل عن المرتضى أنه لا يجوز بيعها مادام الولد باقياً لافي الثمن ولا في غيره ، وهو ضعيف مردود بالأخبار الصحيحة الصريحة في جواز البيع في بعض المواضع ، كما سيأتي بعض منها إن شاء الله تعالى في المقام ، ويؤيده أنها لم تخرج بالاستيلاء عن الملك .

وثانيها : فيما لو عجز نصيب ابنها من التركة عن التخلّف منها ، بمعنى أنه إذا مات المولى والولد حيّ انتعتق بموت المولى لانتقالها أو بعضها إلى ولدها ، فينتعق عليه ما يرثه منها ، لأن ملك الولد لأحد أبويه يوجب عتقه عليه كما قدمنا تحقيقه ولو بقي منها شيء خارج عن ملكه سرى إليه العتق إن كان نصيبه من التركة يفي به ، وإلا اعتق منها بقدره .

ولو عجز النصيب عن المتخلّف - وهذا هو محل الكلام هنا - فهل الحكم في ذلك أنها تسعى في المتخلّف ، ولا يسرى عليه لو كان له مال من غير التركة ، ولا يلزمه السعي لو لم يكن له مال ؟ أم يجب على الولد فكّها من ماله ؟ الأكثر على

الأول ، لأن السراية من شروطه الملك الاختياري ، والارث ليس منه ، وإنما قلنا بسرايته عليه في نصيبه من باقي التركة لاطلاق النصوص بأنها تعتق من نصيبه من التركة ، وإلا فالأصل يقتضي أن لا تعتق عليه سوى نصيبه منها .

وذهب ابن حمزة والشيخ في المبسوط إلى أنه يجب على الولد فك باقيها ، أما ابن حمزة فإنه نقل عنه أنه أوجب على الولد السعي في فك باقيها ، وأما الشيخ في المبسوط فإنه أوجب على الولد فكها من ماله ، ولم نقف لها على دليل ، والأصل يقتضي العدم ، لأصالة البراءة من وجوب السعي و عدم المقتضي للسراية عليه حتى يجب عليه فكها من بقية ماله لعدم الاختيار في ملكها .

وثالثها : في بيعها في حياة المولى في ثمن رقبته ، وتفصيل ذلك أنه لا خلاف في جواز بيعها مع وجود ولدها في ثمن رقبته إذا مات مولاه ولم يخلف سواها ، وإنما الخلاف فيما إذا كان كذلك مع حياة المولى ، بمعنى أنه هل يجوز بيعها في ثمن رقبته إذا كان مولاه حياً ، وليس له من المال ما يفي بثمنها ؟ ذهب الأكثر إلى الجواز .

واستدل عليه في المسالك برواية عمر بن يزيد^(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : سألت عن أم الولد تباع في الدين ؟ قال : نعم في ثمن رقبته .

وروى عمر بن يزيد^(٢) في الصحيح قال : قلت لأبي إبراهيم عليه السلام : أسألك ؟ قال : سل ، قلت : لم باع أمير المؤمنين عليه السلام أمهات الأولاد ؟ قال : في فك رقابهن قلت : وكيف ذلك ؟ فقال : أيما رجل اشترى جارية فأولدها ثم لم يؤد ثمنها ولم يدع من المال ما يؤدي عنه ، أخذ ولدها منها ، وبيعت فأدّي ثمنها ، قلت :

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ١ .

فبيعن فيما سوى ذلك من أبواب الدين ووجوهه ؟ قال : لا .

وعندي في الاستدلال بالصحيحة المذكورة نظر ، فإن قوله ^{بإطلاق} فيها « ولم يدع من المال ما يؤدي عنه » ظاهر في أن ذلك في صورة موت المولى لأحياته كما ادعاه ، نعم الرواية الأولى مطلقة ، لكن يمكن حمل إطلاقها على ما دلت عليه الصحيحة المذكورة من تخصيص ذلك بالموت ، وحينئذ فيشكل الاستدلال بهما على الحكم المذكور وإن كان هو المشهور .

و من ثم نقل عن ابن حمزة تخصيص الجواز بالموت و المنع مما سواه ^(١) و ظاهر السيد السند في شرح النافع تقوية القول بالمنع أيضاً حيث قال : والقول بالمنع نادر لكنه لا يخلو من قوة .

أقول : و يؤيده قوله ^{بإطلاق} في آخر الخبر بعد سؤال السائل « فبيعن فيما سوى ذلك من دين ؟ » والتقريب فيه أنه حيث كان مورد الخبر كما ذكرناه إنما هو جواز البيع في فكاك رقابهن بعد موت المولى إذا لم يدع من المال ما يؤدي عنه ، فإنه تدخل حينئذ هذه الصورة المفروضة - و هو البيع حال الحياة - فيما سوى ذلك ، فلا يجوز البيع حينئذ .

فإذا دلت الرواية المذكورة مع صحة سندها عندهم الذي هو المدار عليه في الاستدلال بينهم على تخصيص الجواز بهذه الصورة الخاصة ، وهي بعد الوفاة بالقيود المتقدمة ، مع تصريحها بعدم الجواز فيما سوى ذلك ، فإنه يتحتم حمل إطلاق رواية عمر بن يزيد المذكورة على هذه الصحيحة جمعاً .

(١) ونقل عن ابن حمزة هنا أيضاً التصريح بعود الولد رقاً حيث قال على ما نقله في المختلف : فإن مات سيدها ولم يكن له مال سواها وكان ثمنها في ذمة سيدها عادت بولدها رقاً ، قال في المختلف بعد نقل ذلك عنه : وليس بجيد لأنه ولد حرأ .

أقول : لا ريب أن النص إنما دل على جواز بيع الأم خاصة ولأجل ذلك حكمنا برفقيتها ، وأما الولد فلا دليل على رقيته بالكلية . (منه - قدس سره -) .

ورابعها : إن المشهور أنه لا يجوز بيعها في مطلق الدين ، بل ثمن رقبتهما على ما عرفت من الخلاف في التخصيص بالموت أو العموم لحال الحياة ، ونقل عن ابن حمزة جواز بيعها في دينه وإن لم يكن ثمناً لها مع موته واستغراق الدين للتركة^(١) . واختاره الشهيد في اللمعة ، ووجهه أن عتقها بعد موت مولاهما إنما هو من نصيب ولدها ، والحال أنه لا نصيب له على تقدير استغراق الدين للتركة لقوله عز وجل «من بعد وصية يوصي بها أو دين»^(٢) . واحتج له أيضاً برواية أبي بصير^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام حيث قال في آخرها «فإن مات وعليه دين قومتم على ابنها ، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ، ثم يجبر على قيمتها» .

قال في المسالك بعد نقل ذلك : وجوابه أن الأقوى انتقال التركة إلى الوارث مطلقاً ، وإن منع من التصرف فيها على تقدير استغراق الدين فيعتق نصيب الولد منها ، كما لو لم يكن دين ، ويلزمه إذاً مقدار قيمة النصيب من ماله ، والرواية قاصرة سنداً ودلالة ، ومشملة من الأحكام على ما لا يوافق الأصول فلا اعتداد بها ، انتهى .

وظاهر العلامة في المختلف التوقف في هذه الصورة ، حيث قال : المشهور أنه لا يجوز بيع أم الولد إلا في ثمن رقبتهما إذا كان ديناً على مولاهما ، وليس له سواها . وقال ابن حمزة : وإن مات سيدها وعليه دين في غير ثمن رقبتهما قومتم على ولدها ، فإذا بلغ ألزم أدائها ، فإن لم يكن له مال استسعى فيه ، فإن مات

(١) حيث قال في عد المواضع التي يباع فيها : وسابعها : إذا مات مولاهما ولم يخلف سواها وعليه دين مستغرق وإن لم يكن ثمناً لها ، وعلة الشارح بما يرجع إلى ما ذكرناه في الأصل ، وقد عرفت ما فيه . (منه - قدس سره -) .

(٢) سورة النساء - آية ١١ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٥٢ ح ٥ .

قبل البلوغ بيعت في الدين .

إحتج الأولون بما رواه عمر بن يزيد^(١) عن الكاظم عليه السلام ، ثم أورد مضمون صحيحة عمر بن يزيد كما قدمنا ذكره ، ثم قال :
إحتج ابن حمزة بما رواه أبو بصير^(٢) عن الصادق عليه السلام قال : سألته عن رجل اشترى جارية فولدت منه ولداً فمات ، قال : إن شاء أن يبيعها باعها ، وإن مات مولاه وعليه دين قامت على ابنها ، فإن كان ابنها صغيراً انتظر به حتى يكبر ثم يجبر على قيمتها ، فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة ، ولأنها مملوكة^(٣) فيجب صرف ثمنها في الدين كما لو كان الدين ثمنها ، ونحن في هذه المسألة من المتوقفين ، إنتهى .

أقول : لا يخفى أن النقل عن ابن حمزة في هذا الموضوع مختلف ، فإن مقتضى النقل الأول - وبه صرح في المسالك - إنما هو جواز بيعها في الدين وإن لم يكن ذلك الدين ثمنها إذا كان مستغرقاً كما يدل عليه دليله المتقدم ، وعلى هذا فرواية أبي بصير المذكورة لا تعلق لها بذلك ، ولادلالة فيها عليه بوجه ، ولهذا ردها في المسالك بذلك .

و مقتضى ما نقله العلامة عنه في المختلف إنما هو تقويمها على ولدها ، لا بيعها مطلقاً كما هو النقل الأول ، وهذا هو مدلول رواية أبي بصير المذكورة ، فالاستدلال به عليه في محله ، إلا أنه لا يظهر لي هنا وجه وجيه في مخالفته للقول المشهور كما يعطيه كلام العلامة في المختلف ، إذ مقتضى القول المشهور إنما هو

(١) الكافي ج ٦ ص ١٩٣ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٣٨ ح ٩٥ ، الوسائل ج ١٣ ص ٥١ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٣٩ ح ٩٨ ، الوسائل ج ١٣ ص ٥٢ ح ٤ و ٥ .

(٣) قوله ولأنها مملوكة إلى آخره من كلام العلامة لا من الرواية كما ربما يسبق إلى الوهم .

(منه - قدس سره -) .

تحريم بيعها . إلا في ثمن رقبته .

وغاية ما يدل عليه هذا القول بناءً على هذا النقل ، وكذا روايته هو أنها تنتقل إلى ولدها ويكون ضامناً لقيمتها ، يجب عليه بعد البلوغ أدائها ، وليس فيها ما يدل على بيعها في غير ثمن رقبته ، ليكون مخالفاً ، بل ما دلّت عليه الرواية هو الأدق بالقواعد الشرعية ، لأن المفروض أن مولاهم مديون ولا مال سواها ، ولا وارث سوى ابنها ، وقد تقرر أن التركة تنتقل إلى الوارث مع اختياره ضمان الدين ، فالولد هنا قد ورثها بموت أبيه ، فوجب اعتاقها عليه ووجب عليه أداء قيمتها في الدين ، غاية الأمر أنه من حيث كونه صغيراً ينتظر بإخراج الدين من قيمتها إلى بلوغه ، وأي منافاة على هذا التقدير ، بين هذا القول وبين القول المشهور ، نعم في قوله في آخر الرواية « فإن مات ابنها قبل أمه بيعت في ميراث الورثة إن شاء الورثة » إشكال ، إلا أنه خارج عن موضع الاستدلال .

و بالجمله فالرواية المذكورة لا تبلغ قوة المعارضة للصحيحة المتقدمة لو ثبت التعارض ، فالعمل على الصحيحة المشار إليها لتأييدها زيادة على ما هي عليه بعمل الأصحاب وقتواهم بها .

هذا ولك أن تقول : إن الدين المذكور في رواية أبي بصير مطلق فيحمل على ثمن رقبته ، ويكون الحكم فيه ما ذكر في الخبر ، وعلى هذا يكون الجمع بينه وبين صحيحة عمر بن يزيد المتقدمة التخيير فيما إذا مات المولى مشغول الذمة بقيمة الأمة ، ولم يخلف سواها بين بيعها ودفع ثمنها في الدين ، كما تدل عليه الصحيحة المذكورة ، وبين التقويم على الولد كما دلّت عليه رواية أبي بصير .

و بما ذكرناه في معنى رواية أبي بصير صرح الشيخ - رحمه الله عليه - في النهاية حيث قال : فإن لم يخلف غيرها وكان ثمنها ديناً على مولاهم فوتمت على ولدها ويترك إلى أن يبلغ ، فإذا بلغ اجبر على ثمنها ، وإن مات قبل البلوغ بيعت في ثمنها وقضى به الدين ، انتهى .

أقول : وهذا هو ما دلّت عليه رواية أبي بصير المذكورة ، والشيخ فرضها في الدين الذي هو ثمن رقبتها ، حملاً للرواية على ذلك ، وحينئذٍ فلا إشكال في بيعها لومات الولد قبل البلوغ ، لأنه يجوز بيعها في حياته كما دلت على صحیحة عمر بن يزيد ، فكيف بعد موته .

وابن إدريس قد اعترض على الشيخ فقال : هذا غير واضح لأننا نبيعها في ثمن رقبتها في حياة مولاه ، فكيف بعد موته ، ولأي شيء يجبر الولد بعد بلوغه على ثمنها ، ولأي شيء يؤخر الدين ، إلا أن شيخنا رجع عن هذا في عدة مواضع ، ولا شك أن هذا خبر واحد أورده هنا إيراداً لا اعتقاداً ، انتهى .

وكلام ابن إدريس هو الموافق للمشهور من جواز بيع أم الولد في ثمن رقبتها حيناً كان المولى أم ميتاً ، لما تقدم ، إلا أنك قد عرفت أن الدليل لا تنهض بالعموم لحال الحياة .

وكيف كان فمقتضى عمل الشيخ بهذه الرواية هنا موافقة لما تقدم نقله في المختلف عن ابن حمزة ، والوجه في الجمع بين الرواية المذكورة وصحیحة عمر بن يزيد هو ما أشرنا إليه من التخيير ، والله العالم .

المقام الثاني في البيع ، وفيه مسائل :

الاولى : لاختلاف بين الأصحاب في أنه إذا بيعت الأمة ذات البعل ، فإن بيعها طلاقها ، ويتخير المشتري في الاجازة والفسخ ، والأصل في هذا الحكم الأخبار المستفيضة .

ومنها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح إلى الحسن بن زياد وهو مشترك بين الثقة وغيره قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية يطؤها ، فبلغه أن لها زوجاً ، قال : يطؤها فإن بيعها طلاقها ، وذلك أنهما لا يقدران على شيء من أمرهما إذا بيعا .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ب ٤٧ ح ٢ .

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله^(١) في الصحيح أو الحسن قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الأمة تباع ولها زوج ؟ فقال : صفقتها طلاقها .

وعن بريد بن معاوية وبكير^(٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليه السلام قال : من اشترى مملوكة لها زوج فإن بيعها طلاقها ، فإن شاء المشتري فرق بينهما ، وإن شاء تركهما على نكاحهما .

ومارواه في الكافي ومن لا يحضره الفقيه^(٣) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أحدهما عليه السلام قال : طلاق الأمة بيعها ، أو بيع زوجها ، وقال في الرجل يزوج أمته رجلاً حراً ثم يبيعها ، قال : هو فراق ما بينهما ، إلا أن يشاء المشتري أن يدعهما .

ومارواه في الكافي^(٤) عن عبيد بن زرارة في الموثق قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام : إن الناس يروون أن علياً عليه السلام كتب إلى عامله بالمدائن أن يشتري له جارية فاشترأها وبعث بها إليه ، وكتب إليه أن لها زوجاً ، فكتب إليه علي عليه السلام أن يشتري بضعا فاشترأه ، فقال : كذبوا علي علي عليه السلام ، أعلني عليه السلام يقول هذا .

ومارواه في التهذيب^(٥) في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : قال أبو عبد الله عليه السلام طلاق الأمة بيعها .

ومارواه في من لا يحضره الفقيه^(٦) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٣ الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٣ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨٣ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٤ ب ٤٧ ح ٥ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٧ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٣٥١ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٥ ب ٤٨ ح ١ .

عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار، إن شاء فرق بينهما . وإن شاء تركها معه ، فإن هوت تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد ما رضي ، قال : وإن بيع العبد ، فإن شاء مولاه الذي اشتراه أن يصنع مثل الذي صنع صاحب الجارية فذلك له ، وإن هوسلم فليس له أن يفرق بينهما بعد ما سلم .

وأما ما رواه الشيخ في التهذيب ^(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يبتاع الجارية ولها زوج ؟ قال : لا تحل لأحد أن يمسه حتى يطلقها زوجها الحر ، فحمله الشيخ على ما إذا كان المشتري قد أقر الزوج على عقده ورضي به .

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع في مواضع :
الأول : قال في المسالك : والأصل في الحكم بعد النص أن بقاء النكاح لازماً على هذه الحالة مظنة لضرر المالك ، إذ قد لا يناسب بقاء النكاح فجعل له طريق إلى التخلص بالفسخ .

وأنت خير بما فيه كما لا يخفى على الموفق النبيه ، إذ لا وجود لهذه العلة في الأخبار فيكون مستنبطة . وإطلاق الأخبار المذكورة وكذا إطلاق كلام الأصحاب يقتضي عدم الفرق بين كون البيع قبل الدخول أو بعده ، وكذا بين كون الزوج حراً أو مملوكاً ، بل في صحة عقد بن مسلم تصريح بثبوت الخيار مع كونه حراً ، وقد قطع الأصحاب بأن هذا الخيار على الفور ، ويشير إليه قوله عليه السلام في رواية أبي الصباح الكناني : فإن هوت تركها معه فليس له أن يفرق بينهما بعد التراضي ، فإنه ظاهر في أنه بعد علمه وعدم فسخه بل سكوته مثلاً فإنه رضا منه بذلك ، وليس له التفريق بعد ذلك ، فعلى هذا لو أخر لا لعذر كالجهل بأصل الخيار سقط خياره ، وفي كون الجهل بفوريته عذراً وجهان ، تقدم الإشارة إليهما .

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٥ ح ٧ .

الثاني : لا خلاف في أن حكم العبد إذا بيع وتحت أمة ، حكم الأمة إذا بيعت ولها زوج ، حراً كان أو عبداً ، وعلى ذلك دلت صحيحة محمد بن مسلم ورواية أبي الصباح الكناني ، إلا أنها مطلقة بالنسبة إلى زوجة العبد بخلاف الأولى ، فإنها صريحة في كونها أمة .

وإنما الخلاف فيما لو كان العبد المبتاع تحت حرة ، فالأكثر كما نقله في المسالك على ثبوت الخيار للمشتري أيضاً ، فإن الحكم كما في الأمة لتساويهما في المعنى المقتضي له ، وهو توقع الضرر ببقاء التزويج .

ولرواية محمد بن علي^(١) عن أبي الحسن عليه السلام قال : إذا تزوج المملوك حرة فللمولى أن يفرق بينهما فإن زوج المولى حرة فله أن يفرق بينهما .

والتقريب فيها أنه ليس له التفريق بغير البيع إجماعاً فينبصر في البيع .
وردها المتأخرون بضعف السند والدلالة ، فلا يسوغ التعلّق بها في إنبات هذا الحكم ، ولهذا جزم ابن إدريس - وجمع ممّن تأخّر عنه - بعدم ثبوت الخيار هنا تمسكاً بلزوم العقد ، وعدم المخرج عنه لشذوذ الرواية ، والحمل على بيع الأمة قياس باطل .

والعلامة في المختلف قد شنع على ابن إدريس في هذا المقام ، قال : ونسبة كلام الشيخ إلى القياس جهل منه وقلة تأمل وسوء نظر في الأدلة واستخراجها ، لأنه لو فقدت النصوص لكان الحكم مساوياً للأمة ، لأن الشارع لم يفرق بينهما في مثل هذه الأحكام كما لم يفرق في التقويم وعدمه .

ورده بجملة من المتأخّرين - منهم الشهيد الثاني في المسالك وسبغه في شرح النافع - بأن الحكم بالمساواة يحتاج إلى دليل من نص أو إجماع ، ومع انتفاءه يجب التمسك بمقتضى العقد اللازم ، وحكموا بأن الأصح ما اختاره ابن إدريس ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٤ .

وقال في المسالك : و نمنع من مساواة الحرة والأمة في هذا المعنى ، لأنّ الحرة أشرف ، ولا يلزم مع ثبوت الحكم في الأدنى ثبوته في الأعلى ، و الرواية قد عرفت ضعفها ، وبعدها عن الدلالة ، إنتهى .

أقول : لا يخفى ما في تعليقه المذكور في المسالك من الضعف والوهن ، وإتّما الظاهر ما ذكرناه أولاً ، إلّا أنّه يمكن أن يقال : إن إطلاق رواية أبي الصباح الكناني شامل لما لو كانت الزوجة حرة أو أمة ، فإنّه إطلاقاً حكم بأنّه متى يبيع العبد فلمشتريه الخيار ، كما في مشتري الجارية ، ولم يفرق بين كون الزوجة حرة أو أمة ، ولو كان الحكم كما يدعونه من تخصيص الخيار بما إذا كانت أمة لم يحسن هذا الإطلاق ، إلّا أن للمتأخّرين الطعن بضعف سند الرواية ، ومن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح فإنّ له التمسك بالرواية المذكورة ، إذ لا طعن فيها من جهة الدلالة ، بل هي ظاهرة الدلالة فيما قلناه ، وبه يظهر قوة القول المشهور ، والله العالم .

الثالث : المستفاد من كلام جملة من الأصحاب وهو صريح كلام ابن إدريس هو تخصيص الخيار بالمشتري في بيع العبد أو الأمة ، بمعنى أنّه لو زوج السيّد أمة عبد غيره فباع السيّد أمة أو العبد سيّد فإنّ الخيار مخصوص بالمشتري في كلّ من الصورتين ، و ذهب الشيخ في النهاية إلى ثبوته أيضاً لمالك الآخر الذي لم يبيع ، قال الشيخ في النهاية : ومتى عقد الرجل لعبد على أمة غيره جاز العقد ، وكان الطلاق بيد العبد ، وليس لمولاه أن يطلق ، فإنّ باعه كان ذلك فراقاً بينه وبينها إلّا أن يشاء المشتري إقراره على العقد ، ويرضى بذلك مولى الجارية فإنّ أبى واحد منهما ذلك لم يثبت العقد على حال ، وكذلك لو باع مولى الجارية جاريته كان ذلك فراقاً بينهما إلّا أن يشاء الذي اشتراها إقرارها على العقد ، و رضى بذلك مولى العبد ، وإنّ أبى واحد منهما كان العقد مفسوخاً ، و تبعه ابن البرّاج في ذلك .

و الشيخ المفيد لم يذكر سوى المشتري ولم يذكر حكم الآخر ، و كذا

ابن حمزة ، وقال ابن إدريس : لا أرى لرضاء الذي لم يبيع وجهاً ، لأن الخيار في إقرار العبد وفسخه للمشتري في جميع اصول هذا الباب ، وإنما جعل الشارع لمن لم يحضر العقد ولا كان مالكا لأحدهما وإنما انتقل إليه الملك الخيار ، لأنه لم يرض بشيء من ذلك الفاعل ، لا الايجاب ولا القبول ولا كان له حكم فيها ، والموجب والقابل أعني السيدين المالكين الأولين رضا وأوجبا وقبلا ، فمن جعل الخيار لهما أو لأحدهما يحتاج إلى دليل ، لأنه حكم شرعي يحتاج مثبتته إلى دليل ، وإنما أوجبنا الخيار للمشتري ، لأنه انتقل الملك إليه ، وليس هو واحداً منهما .

و ظاهر العلامة في المختلف الميل إلى ما ذهب اليه الشيخ حيث نفى عنه البعد عن الصواب ، قال : لأن الذي لم يبيع إنما رضي بالعقد مع المالك الأول ، والأغراض تختلف باختلاف الملاك ، وأيضاً البائع أوجد سبب الفسخ ، وهو الخيار للمشتري ، فيكون للآخر ذلك أيضاً ، لأنه مالك كالبايع مساوٍ له في الحكم ، فيثبت له ما يثبت له .

أقول : والظاهر هو ما ذهب إليه ابن إدريس ، لأنه هو المستفاد من الأخبار المتقدمة ، وما ادعوه زيادة على ذلك لدليل عليه ، وما ذكره العلامة من الدليلين المذكورين .

أما (الأول) فإنه يصلح لأن يكون وجهاً للنص بعد وروده ، لدليلاً مستقلاً برأسه لما عرفت من أن الأحكام الشرعية إنما تبنى على الأدلة المنصوصة الواضحة الجلية ، لا على هذه التعليقات العقلية .

وأما (الثاني) فإنه مع صحته لا يخرج عن القياس ، والله العالم .

الرابع : قالوا : لو كان كل واحد من العبد والأمة المزوجين لمالك واحد ، فباعهما لثنين ، سواء باع أحدهما لواحد والآخر لآخر ، أم باعهما معاً لثنين على وجه الاشتراك ، فإن الخيار في الفسخ للمشتري المتعدد كما ثبت للواحد ،

ولو باع أحدهما خاصة كان الخيار في فسخ العقد وإمضائه لكل من البائع والمشتري، فظاهر مما تقدم، وأما البائع فلا إطلاق للنص السابق في كون البيع كالإطلاق، ومعناه ثبوت التسلُّط على فسخ العقد المتناول لهما ولا اشتراكهما في المعنى المقتضي لجواز الفسخ، فإنَّ المشتري كما يتضرر بتزويج مملوكه لغير مملوكه كذلك البائع، وحينئذٍ فيتوقف عقدهما على رضا المتبايعين معاً، كذا ذكره شيخنا في المسالك.

وأنت خير بأنَّ ما ذكره من الحكم الأول جيد لإشكال فيه، إذ الخيار الثابت للمشتري لا فرق فيه بين تعدد المشتري واتحاده، لإطلاق النصوص. وأما الثاني وهو ما ذكره بقوله: ولو باع أحدهما خاصة إلى آخره، ففيه أنَّ إثبات الخيار فيه للبائع لا دليل عليه، وما احتجَّ به من إطلاق النص في كون البيع كالإطلاق بمعنى ثبوت التسلُّط على الفسخ المتناول لهما.

ففيه أنَّ مقتضى قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في حصة بكير وبريد المتقدمة «فإنَّ بيعها إطلاقاً» فإنَّ شاء المشتري فرق بينهما، وإنَّ شاء تركهما على نكاحهما، هو تخصيص الخيار بالمشتري، والتشبيه بكونه طلاقاً إنَّما هو باعتبار ذلك خاصة، ونحوها قوله عَلَيْهِ السَّلَامُ في صحيحة محمد بن مسلم عن أحدهما عَلَيْهِمَا السَّلَامُ «هو فراق فيما بينهما إلا أن يشاء المشتري أن يدعها، وما احتجَّ به من اشتراكهما في المعنى المقتضي لجواز الفسخ» إلى آخره، ففيه ما أشرنا إليه سابقاً من أنَّ هذه العلة مستنبطة فلا تقوم حجة.

وبالجملة فإنَّه لا فرق في اختصاص الخيار بالمشتري بين كون الزوجين لملك واحد كما هو المفروض هنا، أو المالكين متعددين كما تقدم في سابق هذا الموضع، ويؤيد ذلك أيضاً إطلاق رواية أبي الصباح الكناني المتقدمة عن أبي عبد الله عَلَيْهِ السَّلَامُ «قال: إذا بيعت الأمة ولها زوج فالذي اشتراها بالخيار الخبر إلى آخره، فإنَّه دالٌّ بإطلاقه على تخصيص الخيار بالمشتري أعم من أن يكون الزوجان لملك واحد أو لملكين متعددين في كل من بيع الأمة أو الزوج، وهو ظاهر في الدلالة على المراد

أتم الظهور ، لا يعتبره شائبة الفتور ولا القصور .

ثم إنه قال في المسالك - على أثر الكلام المتقدم - : فإن اتفقا على إبقائه
لزم ، وإن اتفقا على فسخه أو طلب أحدهما فسخه والآخر إمضاه انفسخ ، أما
الأول فظاهر ، وأما الثاني فلأن رضاء أحدهما به يوجب تقرر من جانبه ، ويبقى
من جانب الآخر متزلزلاً ، فإذا فسخه انفسخ كما لو لم يكن للآخر خيار ، ومثلهما
لواشترك الخيار بين البائع والمشتري ، فاختر أحدهما الامضاء والآخر الفسخ .
إنتهى ، وهو بالنسبة إلى مانحن فيه جيد متى ثبت عموم الخيار للبائع والمشتري .
المسألة الثانية : إذا تزوج الرجل أمته من غيره بمهر مستحق فلا إشكال في
أن المهر للمولى ، لأنه عوض البضع الذي هو ملكه ، فإن باعها بعد الدخول بها
فقد استقر المهر ، ونبت للمولى لما عرفت ، ولا يسقط بالبائع الواقع بعده سواء أجاز
المشتري أم لا ، وسواء قبض البائع شيئاً من المهر أم لا ، والوجه فيه أن الدخول
موجب لاستقرار المهر في الحرة حتى لو طلق الزوج ، والحال هذه لم يسقط من
المهر شيء ، فالبيع أولى .

وبالجملة فإنه قد ثبت واستقر بالأدلة المتكاثرة ، وسقوطه بالبائع يحتاج
إلى دليل ، وليس فليس .

وإن كان البيع قبل الدخول فظاهرهم سقوط المهر وعدم استحقاق المولى له ،
وقد تقدم أن للمشتري الخيار ، فإن أجاز لزم المهر فكان له ، لأن الأجازة كالعقد
المستأنف ، وإن فسخ سقط المهر ، لأن الفرقة قبل الدخول إذا كانت من قبل المرأة
توجب سقوطه ، وهي هنا من المالك للبضع ، فيكون بمنزلة المرأة كما لو كان من
قبلها ، وهذا هو المشهور بين المتأخرين من ابن إدريس فمن دونه .

وقال ابن إدريس - رحمه الله - : إذا زوج أمته من غيره وسمى لها مهرأ
معيثاً ثم باع المولى الجارية قبل الدخول بها لم يكن لها المطالبة بشيء من المهر ،
لأن الفسخ جاء من قبل مولى الجارية ، وكل فسخ جاء من قبل النساء قبل

الدخول بهن^١ فإنه يبطل مهورهن^٢ ، و كذلك ليس لمن يشتريها أيضاً المطالبة بالمهر إلا أن يرضى بالعقد ، فإن رضي المشتري بالعقد كان رضاه كالعقد المستأنف وله حينئذ المطالبة بالمهر كمالاً ، فإن كان الزوج قد دخل بها قبل أن يبيعها مولاهما الأول فإن المهر للأول يستحقه جميعه ، لأن بالدخول يستقر جميع المهر وله المطالبة به ، فإن رضي المولى الثاني الذي هو المشتري بالعقد الأول لم يكن له مهر على الزوج وإن لم يرض بالعقد الأول انفسخ النكاح ، وكان للمولى الأول المطالبة بكامل المهر إن لم يكن استوفاه ولا قبضه . إنتهى ، و على هذه المقالة جرى من تأخر عنه .

وقال الشيخ في النهاية : وإذا زوج الرجل أمته من غيره وسمي لها مهرأ معيناً ، وقدم الرجل من المهر شيئاً معيناً ثم باع الرجل الجارية لم يكن له المطالبة بباقي المهر ، ولا لمن يشتريها إلا أن ترضى ، وتبعه ابن البراج في هذه المقالة .
أقول : والشيخ قد عول فيما ذكره هنا على ما رواه في التهذيب^(١) عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام « في رجل زوج مملوكة له من رجل حر^٢ على أربع مائة درهم ، فعجل له مائتي درهم وأخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها ، ثم إن سيدها باعها بعد من رجل ، لمن تكون المائتان المؤخرتان على الزوج ؟ قال : إن كان الزوج دخل بها وهي معه ولم يطالب السيد منه بقيّة المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا لغيره ، وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر^٣ إذا كان يعرف هذا الأمر » .

وهذه الرواية ردها المتأخرون بضعف الاسناد ، قال في المسالك بعد نقل قول الشيخ المذكور : واستند في هذا التفصيل إلى رواية ضعيفة السند لا تصلح لاثبات مثل هذا الحكم الذي لا يوافق الأصول . ونحوه كلام سبطه في شرح النافع .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٤ ح ١٥٣ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٠ ح ١ .

ونقل عن الشيخ أنه أجاب عنها في كتابي الأخبار بحمل الدخول على الخلوة دون الإيلاج ، قال: وقوله «إن لم يكن أوفاه بقيّة المهر» معناه إن لم يكن فعل الدخول الذي باعتباره يجب أن يوفيه المهر ثمّ باعها لم يكن له شيء - للفسخ بالبيع من قبله قبل الدخول - ولا لغيره إذا لم يجز العقد ، و بذلك أجاب في المختلف أيضاً ، وبعده أظهر من أن يخفى .

ومن أجل ذلك اعتمدوا على ما ذهب إليه ابن إدريس إلّا أن ظاهر شيخنا في المسالك الميل إلى أنه في صورة عدم الدخول وإجازة العقد يكون المهر للأول لوجوبه وهي ملكه ، أو نصفه بناءً على أن البيع بمنزلة الطلاق كما صرح به النصوص المتقدمة ، ولأرب في تنصّفه بالطلاق فينتصف هنا بالبيع أيضاً .

وقواه سبطه في شرح النافع بالنسبة إلى المهر كلاً ، قال - قدس سره - : ويحتمل قوياً القول بكون المهر للأول مع إجازة الثاني العقد لدخوله في ملكه بالعقد ، وإجازة تقرير للعقد الأول ، وليست عقداً مستأنفاً ، ويؤيده اتفاق الأصحاب ظاهر أ على أن الأمة المزوجة إذا اعتقت قبل الدخول فأجازت العقد يكون المهر للسيد ، والحكم في إجازة الأمة بعد العتق وإجازة المشتري واحد .

و ربّما فرق بينهما بأنّ البيع معاوضة تقتضي تمليك المنافع تبعاً للعين ، فتصير منافع البضع مملوكة للمشتري بخلاف العتق فإنّه لا يقتضي تمليكاً ، فإنّما هو فك ملك ، ففي الأمة المعتقة يكون المنافع كالمستثناة للسيد وفي البيع ينتقل إلى المشتري ، وفي الفرق نظري علم ممّا حررناه ، إنتهى .

أقول - وبالله التوفيق - : لا يخفى أن الرواية المذكورة قد رواها الشيخ بهذا النحو الذي قدمنا ذكره ، ورواها الصدوق وكذا الشيخ أيضاً مرة ثانية بنحو آخر يأتي ذكره إن شاء الله تعالى ، وهي بناءً على ما قدمنا ذكره موافقة لما صرح به ابن إدريس ومن تبعه من أنّه مع الدخول قبل البيع فالمهر للمولى الأول وتوهم المنافاة فيها من حيث حكمه إلّا بعدم استحقاق المولى الأول وغيره باقي

المهر إذا دخل بها ولم يطلبه السيد بذلك مبني على مسألة أخرى : وهي أن الدخول هل يسقط الأجل أم لا ؟ كما سيأتي إن شاء الله تعالى في باب المهور . ودلت جملة من الأخبار الصحيحة الصريحة في الزوجة الحرة على مثل ما دلت عليه هذه الرواية ، ولكن المشهور بين الأصحاب الاعراض عن هذه الروايات لمخالفتها لمقتضى الأصول الشرعية ، وحينئذ فلا طعن في هذه الرواية من هذه الجهة ، فكل من عمل بتلك الروايات عمل بهذه الرواية أيضاً ، وكل من أطرحها أطرح هذه الرواية أيضاً .

و روى هذه الرواية أيضاً الصدوق في الفقيه ^(١) عن الحسن بن محبوب عن سعدان بن مسلم عن أبي بصير عن أحدهما عليهما السلام في رجل زوج مملوكة له من رجل حر على أربعمئة درهم فمجل له مائتي درهم ، ثم أخر عنه مائتي درهم فدخل بها زوجها ، ثم أن سيدها باعها بعد من رجل ، لمن تكون المائتان الموقرة عليه ؟ فقال : إن لم يكن أدفاها بقيّة المهر حتى باعها فلا شيء له عليه ولا غيره ، وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر إذا كان يعرف هذا الأمر ، وقد تقدم من ذلك على أن بيع الأمة طلاقها .

أقول : والتقريب في هذه الرواية كما في السابقة ، وإن كان في السابقة أصرح من حيث التصريح بعدم الدخول في الجواب ، وقوله ولم يطلب السيد منه بقيّة المهر حتى باعها .

وبالجملة فالرواية على كل من النقلين ظاهرة في ما ذكرناه من التقريب المذكور ، وبذلك يظهر أنه لا موجب لردّها بالضعف ، ولا ضرورة إلى ما ارتكبه الشيخ ومثله العلامة في المختلف من ذلك التأويل البعيد .

بقي الكلام فيما مال إليه في المسالك من تقوية احتمال المهر أو نصفه في صورة عدم الدخول .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٠ ح ١ .

أقول : هذا الاحتمال بالنسبة إلى النصف ضعيف إذ التشبيه بالطلاق لا يقتضي أن يكون من كل وجه كما تقدم ذكره ، بل إننا أريد من حيث تسلط المشتري على الفسخ كما تقدم ذكره ، وأما بالنسبة إلى المهر كمالاً فأشكال ، لعدم النص ، إذ مورد الرواية المتقدمة إنما هو صورة الدخول ، وليس غيرها في الباب ، والتعليقات الاعتبارية مع كونها لا تصلح لتأسيس الأحكام الشرعية متصادمة من الطرفين ، ومتعارضة في البين ، وفي المسألة أقوال ضعيفة ليس في التعرض لها مزيد فائدة ، والله العالم .

فائدة

قوله عليه السلام في رواية الفقيه «وإذا باعها السيد فقد بانت من الزوج الحر» إذا كان يعرف هذا الأمر إلى آخره ، الظاهر من هذا الكلام أن البينونة بالبيع مخصوص بالشبهة الامامية ، وحينئذ فهذا الزوج متى كان منهم وهو عارف بمذهبهم فإنه قد قدم على ذلك ، وأأنه قد تقدم له العلم بذلك ، وهو يدل بمفهومه على أنه لو لم يكن إمامياً فلا يلزمه ذلك ولا تبين بالبيع .

ونظير ذلك ما ورد في صحيحة محمد بن مسلم ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : الرجل يزوج أمته من رجل حر ثم يريد أن ينزعها منه ويأخذ منه نصف الصداق فقال : إن كان الذي زوجها منه يبصر ما أتم عليه ويدين به فله أن ينزعها منه ويأخذ منه نصف الصداق ، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن ذلك للمولى ، وإن كان الزوج لا يعرف هذا ، وهو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامله به مثله ، فقد تقدم على معرفة ذلك منه .

ومورد هذا الخبر هو جواز تفريق السيد بين أمته وبين من زوجها بها حراً كان أو عبداً لغيره ، والمشهور هنا أن الطلاق بيد العبد ، ولكن جملة من الأخبار

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣ ب ٤٤ ح ٣ .

ومنها هذا الخبر دلت على أن الأمر بيد السيد ، ويظهر من هذا الخبر حمل تلك الأخبار الدالة على أن الطلاق بيد العبد على التقية كما سيجيء ذكره إن شاء الله تعالى .

وحاصل المعنى في الخبر المذكور أنه إن كان الذي زوجته المولى إمامياً عارفاً بمذهب الإمامية في جواز نزع المولى أمته متى أراد ، فللمولى نزعها منه وأخذ نصف الصداق ، لأنه إنما تزوجها قادماً على ذلك ، وإن لم يكن إمامياً عامله بمقتضى مذهبه من عدم جواز النزع ، بل يكون الطلاق بيد العبد لا اختيار للمولى فيه ، هذا حاصل المعنى فيه ، ومنه يفهم حمل تلك الأخبار الدالة على ما هو المشهور من أن الطلاق بيد العبد على التقية إلا أنه لا قائل بذلك كما سيأتي تحقيق المسألة في محلها إن شاء الله تعالى ، والله العالم .

المسألة الثالثة : قد تقدم في الموضع الثاني من المسألة الأولى الكلام فيما لو زوج السيد عبده بكرة ثم باعه من أنه هل للمشتري الخيار في الفسخ كما هو المشهور أم لا ، كما ذهب إليه ابن إدريس وجميع من تأخر عنه ، و أوضحنا ما اقتضته الأدلة في المسألة .

بقي هنا خلاف آخر في المهر ، وتفصيل الكلام فيه أنه لا إشكال في أن السيد إذا زوج عبده لزومه المهر ، إلا أنه متى باعه بعد الدخول فقد استقر المهر ولزم السيد كاملاً ، وإن باعه قبل الدخول فالذي صرح به الشيخ وجماعة هو تنصيف المهر ، لما تقرر في نظيره من أن الفرقة قبل الدخول توجب تنصيف المهر كالطلاق .

ويؤيده تأكيداً هنا رواية علي بن أبي حمزة^(١) عن أبي الحسن عليه السلام في رجل زوج مملوكاً له امرأة حرة على مائة درهم ثم إنه باعه قبل أن يدخل عليها ،
(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٥ ح ١٥٨ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٥ ب ٧٨ ح ١ .

فقال : يعطيها سيده من ثمنه نصف ما فرض لها ، إنما هو بمنزلة دين استدائه بأمر سيده^(١) .

وأنكر ابن إدريس ذلك هنا كما أنكر ثبوت الخيار للمشتري لما علم من ثبوت المهر بالعقد ، وتنصيفه بالطلاق قبل الدخول وقع على خلاف مقتضى الأدلة ، فيقتصر فيه على مورده ، وإلحاق غيره به قياس ، والرواية المذكورة ضعيفة السند بعلي بن أبي حمزة .

أقول : وملخص الكلام هنا يرجع إلى أنه من يفعل على هذا الاصطلاح المحدث فلا شك في قوة قول ابن إدريس عنده ، ولهذا مال إليه جملة من المتأخرين منهم صاحب المسالك وغيره ، ومن لا يرى العمل به فالدليل عنده موجود وهي الرواية المذكورة ، وروايات أخرى في موارد أخرى أيضاً .

منها ما تقدم في المورد الرابع في المهر من الفصل الثالث في المتعة من موثقة سماعة^(٢) قال : سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته في حل من صداقها ، أيجوز أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ، قال : نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الرجل نصف الصداق . والتقريب فيها أنه لولا أن الحكم تنصيف المهر هنا لكان الواجب أن لا ترد إليه شيئاً أو ترد الجميع كما لا يخفى ، وفي رواية علي بن أبي حمزة المذكورة دلالة على أن المهر في الصورة المذكورة على السيد كما هو المشهور ، لأنه يتعلق بكسب العبد كما ذهب إليه الشيخ ، وقد تقدم الكلام في ذلك في التذويب الأول

(١) وقال في المسالك : وهذه الرواية ضعيفة بعلي بن أبي حمزة ، ووقول ابن إدريس وجيه في الموضوعين ، والجماعة زعموا أن ضعف الرواية منجر بالشهرة فوافقوا الشيخ هنا وإن خالفوه في غيرها لعدم النص ، ويظهر من المصنف التوقف في المسألة وله وجه ، مراعاة لجانب الأصحاب ، انتهى . (منه - قدس سره -) .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٦ : الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ب ٤١ ح ٢ :

من المسألة الأولى من المطلب الأول من هذا الفصل ، والله العالم .

المقام الثالث في الطلاق : لا خلاف نصاً وفتوى فيما أعلم في أنه إذا زوج السيد عبده أمته ، فإن الطلاق بيد السيد ، وله أن يأمر به وأن يفرق بينهما بغير لفظ الطلاق .

ومن الأخبار في ذلك ما رواه في الكافي^(١) عن ليث المرادي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن العبد هل يجوز طلاقه ، فقال : إن كانت أمته فلا ، إن الله عز وجل يقول : «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»^(٢) وإن كانت أمة قوم آخرين أو حرة جاز طلاقها .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٣) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا كان العبد وامرأته لرجل واحد ، فإن المولى يأخذها إذا شاء وإذا شاء ردها ، وقال : لا يجوز طلاق العبد إذا كان هو وامرأته لرجل واحد إلا أن يكون العبد لرجل والمرأة لرجل ، وتزوجها بإذن مولاه وإذن مولاه ، فإن طلق وهو بهذه المنزلة فإن طلاقه جائز .

ومارواه الكافي^(٤) عن علي بن يقطين في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام في حديث قال : وسألته عن رجل زوج غلامه جاريتته ، فقال : الطلاق بيد المولى .
ومارواه في التهذيب^(٥) عن محمد بن الفضل عن أبي الحسن عليه السلام قال : طلاق

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ج ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٤٨ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧ ب ٦٦ ح ٤ .

(٢) سورة النحل - آية ٧٥ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ب ٤٥ ح ٦ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٤ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ح ٥ .

العبد - إذا تزوج امرأة حرة، أو تزوج وليدة قوم آخرين - إلى العبد، وإن تزوج وليدة مولاة كان هو الذي يفرق بينهما إن شاء، وإن شاء تزعا منه بغير طلاق. ومارواه في الكافي^(١) عن عبدالله بن سنان في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سمعته يقول: إذا زوج الرجل عبده أمته ثم اشتهاها، قال له: اعتزلها فلما طمئت وطأها، ثم يردها عليه إذا شاء.

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٢) في الصحيح عن محمد بن مسلم قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن قول الله عز وجل «والمحصنات من النساء إلا ما ملكت أيمانكم»^(٣) قال هو أن يأمر الرجل عبده وتحت أمته فيقول له: اعتزل امرأتك ولا تقربها ثم يحبسها عنه حتى تحيض ثم يمسه، فإذا حاضت بعد مسه إياها ردها عليه بغير نكاح. ومارواه في الكافي^(٤) عن عمار الساباطي في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام قال: سألت عن الرجل يزوج جاريته من عبده فيريد أن يفرق بينهما، فيفر العبد، كيف يصنع؟ قال: يقول لها: اعتزلي فقد فرقت بينكما، فاعتدي فتعتدي خمسة وأربعين يوماً ثم يجامعها مولاها إن شاء، وإن لم يفر قال له مثل ذلك، قلت: فإن كان المملوك لم يجامعها؟ قال: يقول لها: اعتزلي فقد فرقت بينكما ثم يجامعها مولاها من ساعته إن شاء ولا عدة عليها.

وعن حفص بن البختري^(٥) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال: إذا كان للرجل أمة فزوجه مملوكه فرق بينهما إذا شاء، وجمع بينهما إذا شاء.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ١، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ب ٤٥ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ٢ التهذيب ج ٧ ص ٣٤٦ ح ٤٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ب ٤٥ ح ٢.

٤٥ ح ١.

(٣) سورة النساء - آية ٢٣.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٨١ ح ٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٠ ح ٣.

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ح ٨.

وما رواه في التهذيب^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيح فقال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمته من رجل أيفرق بينهما إذا شاء ؟ فقال : إن كان مملوكه فليفرق بينهما إذا شاء ، إن شاء الله تعالى يقول : «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» فليس للعبد شيء من الأمر وإن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفقتها .

قوله عليه السلام «فإن طلاقها صفقتها» أي الطلاق الذي بيد المولى في هذه الصورة إنما هو بيعها كما تقدم .

وأما ما رواه الشيخ^(٢) عن علي بن سليمان قال : كتبت إليه : جعلت فداك ، رجل له غلام وجارية ، زوج غلامه جاريته ، ثم وقع عليها سيدها ، هل يجب في ذلك شيء ؟ قال : لا ينبغي له أن يمستها حتى يطلقها الغلام .

فهو مع ضعف سنده شاذ لا يلتفت إليه بعدما عرفت من هذه الأخبار المستفيضة ، وقد حملها الشيخ على أن المعنى حتى تبين من الغلام وتعتد وتصير في حكم المطلقة ، وذلك يكون بالتفريق الذي قدمناه ، انتهى .

وبالجملة فإن الحكم مما لا خلاف فيه كما عرفت ، إنما الخلاف فيما لو لم تكن الزوجة أمة المولى بأن تكون حرة أو أمة لغيره ، والمشهور بين الأصحاب أن الطلاق بيد العبد وليس للسيد إجباره على ذلك ، ولأنه عنه ، وذهب جمع منهم ابن أبي عقيل وابن الجنيد إلى نفي ملكية العبد للطلاق إلا بإذن السيد .

والأصل في هذا الخلاف ما عليه الأخبار من الاختلاف ، فمما يدل على القول المشهور ما تقدم من رواية ليث المرادي ورواية أبي الصباح ورواية محمد بن الفضيل ، إلا أن الأخيرة أظهر دلالة ، حيث دلت على أن أمر الطلاق إلى العبد ، بخلاف الأولين ، فإن غاية مادلتنا عليه أن طلاق العبد جائز ، وهو لا ينفي طلاق السيد إلا أن يقال : إنه لا قائل بالتشريك بينهما في الطلاق ، فحيث دلتنا على جواز

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٠ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٨ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٧ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ب ٤٤ ح ٣ .

وقوعه منه مع عدم القول بالتشريك إقتضى ذلك اختصاصه به .
ومنها أيضاً ما رواه في الكافي ^(١) عن أبي بصير قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن
الرجل يأذن لعبده أن يتزوج الحرة أو أمة قوم ، الطلاق إلى السيد أو إلى العبد ؟
قال : الطلاق إلى العبد .

وفي الموثق عن عبد الله بن سنان ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل
تزوج غلامه جارية حرة ، فقال : الطلاق بيد الغلام فإن تزوجها بغير إذن مولاه
فالطلاق بيد المولى .

وعن علي بن يقطين ^(٣) في الموثق عن العبد الصالح عليه السلام قال : سألت عن رجل
تزوج غلامه جارية حرة ، فقال : الطلاق بيد الغلام ، قال : وسألت عن رجل زوج
أمة رجلاً حراً ؟ فقال : الطلاق بيد الحر .

ويؤيده أيضاً قوله عليه السلام ^(٤) «الطلاق بيد من أخذ بالساق» .

ومما يدل على القول الثاني ما رواه الشيخ ^(٥) في الصحيح عن بكير وبريد بن
معاوية عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام «أنهما قالا في العبد المملوك : ليس له طلاق
إلا بإذن مولاه» .

وما رواه في الفقيه والتهذيب ^(٦) عن زرارة في الصحيح عن أبي جعفر وأبي عبد الله
عليهما السلام «قالا : المملوك لا يجوز طلاقه ولا نكاحه إلا بإذن سيده قلت : فإن كان السيد
زوجاً ، بيد من الطلاق ؟ قال : بيد السيد «ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر

(١) و (٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٣ و ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ب ٤٣ ح ٥٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٦٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤١ ح ٤ وص ٣٤٢ ح ١ .

(٤) المستدرک ج ٣ ص ٨ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٨ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥١ ب ٤٥ ح ٧ .

(٦) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٠ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٣

ب ٤٥ ح ١ .

على شيء، الشيء الطلاق» .

وما رواه في التهذيب ^(١) عن عبدالرحمن بن الحجاج عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : سألته عن الرجل يزوج عبده أمته ثم يبدوله فينزعها منه بطيبة نفسه ، أيمكن ذلك طلاقاً من العبد ؟ فقال : نعم ، لأن طلاق المولى هو طلاقها ، ولا طلاق للعبد إلا بإذن مولاه .

وعن شعيب المقرئ ^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل وأنا عنده أسمع عن طلاق العبد ، قال : ليس له طلاق ولا نكاح ، أما تسمع الله تعالى يقول «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» قال : لا يقدر على طلاق ولا نكاح إلا بإذن مولاه . وعن محمد بن علي ^(٣) عن أبي الحسن عليه السلام قال : إذا تزوج المملوك حرة للمولى أن يفرق بينهما ، وإن زوجه المولى حرة فله أن يفرق بينهما .

هذا ما حضرني من أخبار القولين ، والشيخ حمل هذه الأخيرة من حيث إطلاقها على ما إذا كانت زوجة العبد أمة مولاه كما قيد به بعضها .

وأنت خير بأن هذا وإن تم في بعضها إلا أنه لا يتم في بعض آخر ، مثل قوله في صحيحة زرارة «قلت : وإن كان السيد زوجة يئد من الطلاق ؟ قال : يئد السيد ، فإن ظاهره كون الزوجة أجنبية غير أمته ، وأظهر منه قوله في رواية محمد بن علي «وإن زوجة المولى حرة فله أن يفرق بينهما» .

وبالجملة فإن ظاهرها باعتبار ضم بعضها إلى بعض إنما هو بالنسبة إلى كون الزوجة غير أمة السيد .

و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في المسالك هو الميل إلى القول الثاني لصحة أخباره ، حيث إنه - بعد أن ذكر حمل الشيخ المذكور - رده بأن الجمع بين

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٧ ح ٥٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٦ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٤ .

الأخبار بتقييد بعضها ببعض فرغ حصول المعارضة ، وتلك الأخبار لضعفها لا تبلغ قوة المعارضة لهذه الأخبار الصحيحة ، إلا أن شيخنا المذكور لم ينقل للقول المشهور إلا الروايات الثلاث الأولى ، وهي رواية ليث وأبي الصباح ومحمد بن الفضل . و ظاهر سبطه السيد السند في شرح النافع بعد الاشكال الميل إلى القول المشهور حيث إنّه قد طعن في أدلة القول الثاني بأن غاية ما يدل عليه أكثرها وهو - ماعدا صحيحة شعيب العرقوفي - توقف طلاق العبد على إذن مولاه ، لا أن الطلاق بيد السيد ، وحينئذ فهو غير واضح الدلالة^(١) نعم صحيحة شعيب صريحة في المطلوب ، قال : والجمع بينهما وبين الأخبار المتقدمة لا يخلو من الاشكال والمألة محل تردد ، وإن كان القول المشهور لا يخلو من قرب ، لاستفاضة الروايات به واعتبار أسانيد بعضها واعتضادها بعمل الأصحاب ، إنتهى .

أقول : من العجب هنا خروج السيد المذكور - توجه الله بتاج السرور - عن مقتضى قاعدته في الدوران مدار الأسانيد صحةً و ضعفاً ، و دوره مدار صحة السند وإن اشتمل متن الخبر على علل واضحة كما أوضحناه في غير موضع مما تقدم . وكيف كان فالمسألة عندي محل إشكال لما عرفت من تعارض أخبارها ، وعدم استقامة ما ذكره الشيخ من الجمع ، إلا أنه قد روى العياشي في تفسيره^(٢) بسند فيه عن الحسين بن زيد بن علي ، عن جعفر بن محمد عليه السلام قال : كان علي بن أبي طالب عليه السلام يقول : « ضرب الله مثلاً عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء »^(٣) و يقول : « للعبد لا طلاق ولا نكاح ، ذلك إلى سيده ، والناس يرون خلاف ذلك إذا أذن السيد لعبده ،

(١) بمعنى أن الطلاق إنما هو للعبد وإن توقف على إذن مولاه على نحو ما قيل من أنه يملك ، وأن توقف صحة تصرفه على إذن مولاه وهو لا يوجب إستقلال السيد بولاية الطلاق .
(منه - قدس سره -) .

(٢) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٦ ح ٥٤ ، مستدرك الوسائل ج ٢ ص ٥٩٧ ب ١٧ ح ٣ .

(٣) سورة النحل - آية ٧٥ .

لا يرون له أن يفرق بينهما .

ويقفهم من هذا الخبر أن ما دل على القول المشهور من الأخبار إنما خرج مخرج النقيضة ، وأن الحكم الشرعي في المسألة إنما هو القول الثاني ، وأنت خير بأن ظاهر الآية أيضاً ليشهد لهذا القول كما ذكره ^{الإمام} في هذا الخبر .
وحينئذ فيحصل الترجيح لأخبار القول الثاني بموافقتها ظاهر القرآن الذي هو أحد المرجحات المنصوصة ومخالفة العامة كما يفهم من هذا الخبر التي هي أيضاً أحد المرجحات المنصوصة مضافاً ذلك إلى صحة أخباره ، وبه يظهر قوة القول به ، وزوال ما ذكرنا آنفاً من الاشكال ، والله العالم .

تنبيهات

الاول : قد تقدم في المسألة الخامسة من المطلب الأول تحقيق الكلام في أن نكاح السيد عبده أمته هل هو ضرب من ضرب النكاح كتزويج غيرها يفتقر إلى العقد المشتمل على الإيجاب والقبول ونحوهما ، فلا يكفي مجرد الاذن كما هو ظاهر المشهور ؟ أم يكفي مجرد الاذن والتحليل كما هو قول ابن إدريس ؟ وقد حققنا الكلام ثمة في المقام بما لا يحوم حوله نقض ولا إبرام ، وبيننا أن الظاهر من الأخبار هو كون ذلك نكاحاً ، إلا أنه ليس كغيره من العقود المفتقرة إلى تلك الشرائط المقررة ولا سيما القبول ، فإنه هنا غير مشروط ، وإنما هو نوع خاص منه .
ومما يشير إلى ما قلناه من الروايات في هذه المسألة زيادة على ما تقدم ثمة قوله في موثقة علي بن يقطين « وسألته عن رجل تزوج غلامه جاريته ، وقوله ^{الإمام} في رواية محمد بن الفضيل « إن تزوج وليدة مولاه كان هو الذي يفرق بينهما ، وقوله ^{الإمام} في صحيحة عبد الله بن سنان « إذا تزوج الرجل عبده أمته ، ونحوها موثقة عمار ، والتزويج عبارة عن العقد .

و بالجملة فإن تحقيق الكلام قد مر مستوفى في الموضع المتقدم ذكره ،

والذي يتلخص من الكلام في المسألة كون الأقوال فيها ثلاثة :

(أحدها) - وهو المشهور - إشتراط وقوع النكاح بالإيجاب والقبول .

(وثانيها) الاكتفاء بالإيجاب مع تسميته نكاحاً ، وهذا هو الذي اخترناه

ثمة ، وبه صرح العلامة في المختلف ، وإليه يميل كلام شيخنا في المسالك .

(وثالثها) كونه إباحة يكفي فيه كل "مادل" على الاذن ، وهو مذهب ابن إدريس ،

الثاني : المفهوم من الروايات المتقدمة أنه يكفي في فسخ المولى لهذا

النكاح كل "لفظ دل" عليه من طلاق أو غيره حتى مجرد أمرهما بالتفريق واعتزال

أحدهما الآخر ، وهو وإن كان بالقول بالإباحة كما ذهب إليه ابن إدريس أنسب ،

إلا أنك قد عرفت دلالة الأخبار على إطلاق التزويج والنكاح عليه الموجب لكونه

عقداً ، وقد دلت أيضاً على أن رفع هذا العقد بيد السيد بأي "نحو فعل" فلا بُد في

ارتفاعه بغير الطلاق كما يرتفع النكاح بالفسخ في مواضع عديدة .

والظاهر أنه إن وقع التفريق بالطلاق واستجمع شروط الطلاق من الشاهدين

و كونه في طهر لم يواقعها فيه ونحو ذلك سمي طلاقاً ، وإن لم يستجمع الشروط

فإنه يكون فسخاً إذ لا يقصر عن غيره من الألفاظ الدالة على الفسخ كالأمر بالاعتزال

ونحوه بل هو أظهر في ذلك .

وقيل : إن جميع ما يفسخ به النكاح يكون طلاقاً ، لأفادته فائدته كالخلع .

وقيل : إنه إن وقع بلفظ الطلاق كان طلاقاً مطلقاً ، فإن اتفق خلل في

بعض شروطه وقع باطلاً لا فسخاً ، وإن جمع الشروط كان طلاقاً حقيقياً ، وإن

وقع الفسخ بغير لفظ الطلاق لم يكن طلاقاً ، واختار في المسالك الأول من هذه

الأقوال الثلاثة .

الثالث : لو أمر المولى العبد بالطلاق ولم يباشره بنفسه ، فهل يكون مجرد

الأمر للعبد بذلك فسخاً من السيد أم لا ؟ قيل فيه وجهان :

(أحدهما) نعم ، لدلالته عليه كما دل عليه ما هو أضعف منه كالأمر بالاعتزال ونحوه ،

و(ثانيهما) العدم لأن المفهوم إرادة إيجاده من العبد فلا يحصل قبله ، ولأن الأمر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية إلى حين إيقاعه ، فلودل على الفسخ قبلها ، لتنافي مدلول اللفظ ، ولأنه لو دل على الفسخ لامتنع فعل مقتضاه ، ووجه الملازمة أن الفسخ لو وقع لامتنع الطلاق مع أنه مأمور به ، فلا يكون ممتنعاً . واجيب عنه بأن دلالته على إيجاد الطلاق مطابقة ، فلا تنافي لدلالته بالالتزم على كونه فسخاً وهو المدعى ، ونمنع كون الأمر بالطلاق يستدعي بقاء الزوجية إلى حينه ، وإنما يستدعيه الطلاق الصحيح ، والقائل بكونه فسخاً لا يجعل الطلاق الواقع بعده صحيحاً ، وهو جواب الثالث ، فإن الأمر إذا دل على الفسخ لا ينافيه امتناع فعل مقتضاه من حيث انفساخ النكاح به ، فلا يتوقف على فسخ آخر .

الرابع : لو طلق الزوج الأمة ثم باعها المالك فلا خلاف في وجوب عدة الطلاق عليها ، وهل يجب على المشتري مع إكمالها العدة أن يستبرئها زيادة على العدة ؟ قولان مبنيان على التداخل وعدمه .

ف قيل : بعدم التداخل ، وبه قال الشيخ - رحمه الله - وأتباعه وابن إدريس نظراً إلى أن العدة والاستبراء حكمان مختلفان ، ولكل منهما سبب يقتضيه ، وتعدد الأسباب يقتضي تعدد المسببات إلا بدليل يوجب التداخل .

وذهب جملة من المتأخرين ومنهم المحقق في الشرايع إلى القول بالتداخل واختاره في المسالك وعلمه بوجود الدليل المقتضي ، وهو أن الغرض من الاستبراء إنما هو العلم ببراءة الرحم كيف اتفق ، ولهذا اكتفى باستبراء البائع ، ويسقط لو كانت امرأة أو حايضاً ، والعدة أدل على ذلك ، ولأنها بقضاء العدة مستبرأة ، فلا يجب عليها استبراء آخر ، لأن وجوب الاستبراء بالبائع إنما هو من احتمال وطء البائع لغرض وطء المشتري ، وكلاهما ممتنع في صورة النزاع ، إنتهى ، وهو من

حيث الاعتبار جيد ، إلا هذه العلة التي اعتمد عليها وهي براءة الرحم غير مطردة لوجوب العدة في مواضع مع العلم ببراءة الرحم يقيناً كمن طلقها زوجها مع فراقه لها سنين عديدة ، والمتوقى عنها زوجها وإن لم يدخل بها ، ونحو ذلك . وبالجمله فإن علل الشرع ليست عللاً حقيقية يدور المعلول معها وجوداً و عدماً كما تقدم تحقيقه في غير مواضع ، فاحتمال وجوب الاستبراء على المشتري قائم ، والمسألة خالية من النص ، فالاحتياط فيها مطلوب سيما مع كونها من مسائل الفروج المطلوب فيها الاحتياط زيادة على غيرها كما تكاثرت به الأخبار . ثم إن ما فرضنا به المسألة تبعاً لكلامهم من الترتيب بين الطلاق والبيع - يطلق الزوج أولاً ثم يبيع السيد - الظاهر أنه متعين ، بل لو باع السيد ثم طلق الزوج قبل فسخ المشتري فإن الحكم أيضاً كما تقدم .

تذنيبان

أحدهما: المشهور في كلام الأصحاب - رضي الله عنهم - من غير خلاف يعرف أنه إذا تزوج السيد أمته لعبده فإنها تصير من مولاها بمنزلة الأجنبية لا تحل له منها إلا ما يحل له من أمة غيره كنظر الوجه والكفين بغير شهوة ، ويحرم عليه جميع وجوه الاستمتاع ونظر ما يحل منها بشهوة .

قال في المسالك : والنصوص به كثيرة ، والوجه في ذلك مع النص أن وجوه الاستمتاع صارت مملوكة للزوج فيحرم على غيره ، لامتناع حل الاستمتاع بالمرأة لأزيد من واحد شرعاً ، انتهى .

وظاهر سبطه السيد السند في شرح النافع المناقشة في هذا الحكم حيث قال : وأطلق العلامة في جملة كتبه أن الأمة المزوجة يحرم على مالکها ما يحرم على غير المالك ، وهو غير واضح المأخذ .

والذي وقفت عليه في هذه المسألة من الأخبار ما رواه الكليني وابن بابويه^(١) في الصحيح عن عبد الرحمن بن الحجاج قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج مملوكته عبده، أتقوم عليه كما كانت تقوم فتراه منكشفاً أو يراها على تلك الحال؟ فكره ذلك، وقال: قد منعني أبي أن أزوج بعض خدمي غلامي لذلك، والظاهر أن المراد بالكراهة هنا التحريم.

وما رواه الشيخ^(٢) في الموثق عن عبيد بن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يزوج جاريته، هل ينبغي له أن ترى عورته؟ قال: لا.

ويستفاد من هاتين الروايتين تحريم النظر إلى العورة وما في معناها مطلقاً ولا يبعد تحريم اللمس والنظر بشهوة أيضاً كما ذكره المصنف، أما تحريم النظر إلى ما عدا العورة وما في معناه بغير شهوة فمشكل، لا تنفاء الدليل عليه، والأصل يقتضي العدم، انتهى.

أقول: وروى الكليني في الكافي^(٣) موثقة عبيد بن زرارة وزاد فيها على ما تقدم برواية الشيخ وأنا أتمى ذلك من مملوكتي إذا زوجتها. ومن الأخبار الواردة في المقام أيضاً خبر مسمع^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشرة لا يحل نكاحهن ولا غشيانهن إلى أن قال: وأمتك ولها زوج.

وفي حديث مسعدة بن زياد^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام: تحرم من الاماء عشرة: لا تجمع بين الام والبنت إلى أن قال: ولا أمتك ولها زوج.

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٨٠ ح ٣، التهذيب ج ٨ ص ١٩٩ ح ٤، الفقيه ج ٣ ص ٣٠٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٨ ب ٤٤ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٨ ح ٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٤.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٥٥ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ب ٤٤ ح ٢.

(٤) و(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ١٠٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٦٠٥.

وروى الحميري في كتاب قرب الإسناد^(١) عن الحسن بن ظريف عن الحسين ابن علوان عن جعفر عن أبيه عليه السلام قال : إنّه قال : إذا زوج الرجل أمتّه ، فلا ينظر إلى عورتها ، والعودة ما بين السرة والركبة .

وأنت خير بأنّ ظاهر هذه الرواية هو تحريم النظر إلى ما بين السرة والركبة أعمّ من أن يكون بشهوة أم لا ، وبها يتم الاستدلال للأصحاب فيما تقدم نقله عنهم . وبالجملة فالظاهر هو العمل بما قاله الأصحاب ، وفي معنى الأمة المزدوجة المحلّل وطؤها للغير ، أمّا لو حلّل منها ما دون الوطء ، فهل تحرّم بذلك على المالك ؟ إشكال .

وثانيهما : المفهوم من كلام الأصحاب أنّه متى كان زوج الأمة حراً أو مملوكاً لغير سيّد الأمة ، فإنّ السيّد لا يتسلّط على الفسخ بل الطلاق للزوج حراً كان أو عبداً ، أمّا لو كان الزوج مملوكاً للسيّد ، فإنّ للسيّد التسلّط على الفسخ كما تقدم مشروحاً .

ويدلّ على الحكمين المذكورين هنا ما رواه الشيخ^(٢) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا أنكح الرجل عبده أمتّه ، فرق بينهما إذا شاء ، قال : وسألته عن رجل يزوج أمتّه من رجل حراً أو عبداً لقوم آخرين ، أله أن يتزوّجها منه ؟ قال : لا ، إلّا أن يبيعهها ، فإن باعها فشاء الذي اشتراها أن يفرق بينهما فرق بينهما .

وعن محمد بن مسلم^(٣) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل ينكح أمتّه من رجل أيفرق بينهما إذا شاء ؟ فقال : إن كان مملوكاً فليفرق بينهما إذا شاء ، وإن الله تعالى يقول : «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء» فليس للعبد شيء من الأمر ، وإن

(١) قرب الإسناد ص ٥٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٩ ح ٧ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٥٧١ ص ٥٥١ ح ٤ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص : ٣٤٤ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٨ .

كان زوجها حراً فإن طلاقها صفتها .

أقول : يعني أن طلاق السيد و تسلطه على فسخ النكاح إنما يكون ببيعه الأمة .

ومما يدل على الحكم الأول ما رواه الشيخ^(١) في الموثق عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام في الرجل يزوج أمته من حر ؟ قال : ليس له أن ينزعها .
وما رواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن أبي بصير قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن رجل أفكح أمته حراً أو عبد قوم آخرين ، فقال : ليس له أن ينزعها ، فإن باعها فشاء الذي اشتراها أن ينزعها من زوجها فعل .

إلا أنه قد ورد هنا جملة من الأخبار ظاهرة في المنافاة لما ذكرناه .
ومنها ما رواه الشيخ^(٣) في الصحيح عن عبد الرحمن بن أبي عبدالله قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : الرجل يزوج جاريته من رجل حر أو عبد ، أله أن ينزعها بغير طلاق ؟ قال : نعم ، هي جاريته ينزعها متى شاء .
و الشيخ حمل هذا الخبر على أن له ذلك بأن يبيعه ، فيكون ببيعه تفريقاً بينهما ، ولا يخفى ما فيه من البعد .

ومنها ما رواه الشيخ^(٤) في الموثق عن إسحاق بن عمار عن أبي إبراهيم عليه السلام قال : سألت عن رجل كانت له جارية ، فزوجه من رجل آخر ، بيد من طلاقها ؟ قال : بيد مولاه ، وذلك لأنه تزوجها وهو يعلم أنها كذلك .
وهذا الخبر أيضاً حمّله الشيخ على ما حمل عليه سابقه ، واحتمل أيضاً حمّله على كون المولى قد اشترط على الزوج عند العقد أن يبيده الطلاق ، كما دل عليه بعض

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٣٧ ح ١٠ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤٢ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٤ ح ٣ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٩ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٥ ح ٦ .

أخبار المسألة ، ولا يخفى بُعد الجميع .

ومنها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: قلت له : الرجل يزوج أمته من رجل حر ، ثم يريد أن ينزعها منه ، ويأخذ منه نصف الصداق . فقال : إن كان الذي زوجها منه يبصر ما أنتم عليه ويدين به ، فله أن ينزعها منه ، ويأخذ منه نصف الصداق ، لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن ذلك للمولى ، وإن كان الزوج لا يعرف هذا ، وهو من جمهور الناس يعامله المولى على ما يعامل مثله ، فقد تقدم على معرفة ذلك منه .

وهذا الخبر كما ترى ظاهر في أن ما ورد من الأخبار الدالة على أن الطلاق بيد الزوج ، وأن السيد ليس له انتزاعها إنما خرجت مخرج النقطة وأن الحكم الشرعي في المسألة إنما هو رجوع الاختيار إلى السيد ، فله أن ينزعها . وإلى ما تضمنته هذا الخبر يشير أيضاً قوله في موثقة إسحاق بن عمار ولأنه تزوجها وهو يعلم أنها كذلك ، يعني يعلم أن للسيد انتزاعها ، وأن طلاقها بيده ، وهو مثل قوله في الخبر لأنه قد تقدم من ذلك على معرفة أن ذلك للمولى ، وقد تقدم الكلام في بيان معنى هذا الخبر .

وبالجملة فإن حاصله الجمع بين الأخبار بحمل أخبار القول المشهور على النقطة ، وهو جمع حسن بين الأخبار ، إلا أن الاشكال فيه أنه لا فائز بذلك ، بل المشهور الذي لم يظهر فيه خلاف إنما هو العكس .

ومنها ما رواه العياشي في تفسيره^(٢) على ما نقله عنه شيخنا المجلسي في كتاب البحار ، وروى عن محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل ينكح أمته من رجل ، قال : إن كان مملوكاً فليفرق بينهما إذا شاء لأن الله يقول «عبداً مملوكاً

(١) الكافي ج ٦ ص ١٦٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ح ٣٤٢ ح ٣ وفيه اختلاف يسير .

(٢) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٤ ح ٤٨ وفيه « فإن طلقها عتقها » ، مستدرک الوسائل ج ٢

ص ٥٩٩ ب ٣٢ ح ٢ .

لا يقدر على شيء، فليس للعبد من الأمر شيء، وإن كان زوجها حراً فإن طلاقها صفتها.

وهذا الخبر كما ترى أغرب وأعجب حيث دل على الفرق بين الحر والعبد فجعل الطلاق بيد الزوج إن كان حراً، وبيد السيد إذا كان عبداً.

ومنها ما رواه العياشي^(١) أيضاً عن أبي بصير في الرجل ينكح أمته لرجل، أنه أن يفرق بينهما إذا شاء؟ قال: إن كان مملوكاً فليفرق بينهما إذا شاء؟ قال: إن كان مملوكاً فليفرق بينهما إذا شاء، لأن الله يقول: «عبداً مملوكاً لا يقدر على شيء»، فليس للعبد من الأمر شيء، وإن كان زوجها حراً فرق بينهما إذا شاء المولى. ويشبه أن يكون قد وقع في هذا الخبر تحريف وتغيير لأن قضية التفصيل المغايرة، مع أن مرجعها إلى أمر واحد.

وبالجملة فالمسألة لما عرفت في غاية الاشكال، ونهاية الاعضال، ومن ذكر هذه المسألة من الأصحاب لم يذكر من الأخبار المنافية للقول المشهور إلا صحيحة عبدالرحمن بن أبي عبدالله، وأجاب عنها بما قدمناه نقله عن الشيخ، والله العالم.

المطلب الثالث في الملك :

قد تقدم أن نكاح الاماء يقع بالعقد وبالملك، والأول قد تقدم الكلام فيه. والكلام هنا في الثاني، وحيث كان الملك ينقسم إلى ملك الرقبة وملك المنفعة، فلا بد من بيان أحكامه في مقامين :

الاول : في ملك الرقبة، والكلام فيه يقع في مواضع :

الأول : لاخلاف نصّ وفتوى في عدم انحصار النكاح بملك اليمين في عدد، بخلاف نكاحهن بالعقد.

(١) تفسير العياشي ج ٢ ص ٢٦٥ ح ٥١، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٩٩ ب ٣٢ ح ٣.

ففي صحيحة ابن أذينة^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت : كم يحل من المتعة ؟ قال : فقال : هن بمنزلة الاماء .

وفي حسنة إسماعيل بن الفضيل^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام فيما أخبر به ابن جريح في أحكام المتعة ، قال : ليس فيها وقت ولا عدد ، إنما هي بمنزلة الاماء .
وفي حديث أحمد بن محمد بن أبي نصر^(٣) عن أبي الحسن عليه السلام في حديث المتعة : حكى زارة عن أبي جعفر عليه السلام : إنما هي مثل الاماء يتزوج ما شاء .

قال في المسالك : و اعلم أن النص والاجماع متطابقان على جواز النكاح بملك اليمين ، وعلى عدم انحصاره في عدد ، بخلاف نكاحهن بالعقد ، ولعل الوجه فيه خفة حقوق المملوكة ، وكون استحقاق منافع البضع بالمالية ، فيكون كالتصرف في مطلق الأموال ، فلا يتطرق إليه ما يتطرق إلى النكاح بالعقد من محذور الحيف والميل ، انتهى .

والحكم مختص بالرجال ، أما النساء فإن الملك فيهن ليس طريقاً إلى حل الوطء .

وروى ابن بابويه^(٤) في الصحيح عن العلاء عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة أمكنت من نفسها عبداً لها أن يباع بصغر منها ومحرم على كل مسلم أن يبيعها عبداً مدر كاً بعد ذلك .

و روى الكليني^(٥) الرواية المذكورة ، و زاد فيها «تضرب مائة ، و يضرب

العبد خمسين» .

(١) والكافي ج ٥ ص ٤٥١ ح ١ و ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٧ ح ٨ و ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٥٩ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٤٨ ح ١١ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٨ ب ٥١ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٩٣ ح ١ ، التهذيب ج - ص ٢٠٦ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٥٨

ب ٥١ ح ١ .

الثاني : لاختلاف في جواز الجمع بين الاختين و بين الام و البنت في الملك، ولا إشكال، إنما يحرم ذلك في العقد أو الوطء على التفصيل الذي تقدم في مسائل المقصد الثاني فيما يحرم جمعاً من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، وكذا يجوز أن يملك موطوء الأب كما يجوز للأب ملك موطوء الابن، فإنه كما لا يمتنع أن ينتقل إلى الأب أو الابن مال الآخر كذلك لا يمتنع أن ينتقل إليه مملوكه، وإن كان قد وطأها المالك الأول، وإنما يحرم على كل واحد منهما وطء من وطأها الآخر لعموم قوله عز وجل « ولا تنكحوا ما نكح آباؤكم من النساء »^(١). وبالجملة فإن تحريم الوطء لا يقدح في صحة التملك كما لو تملك بعض من يحرم عليه بالنسب.

الثالث : إذا بيعت الأمة و لها زوج فإن أجاز المشتري النكاح لم يكن له فسخه بعد ذلك، لأن الذي له شرعاً هو الخيار، فإذا أجاز سقط حقه، ولزم النكاح، وكذا لو علم وسكت ولم يعرض له، لما عرفت آنفاً من أن الخيار فوري، فإذا أعرض بعد علمه بطل خياره، وإن لم يجز النكاح انفسخ العقد، وجاز للمشتري نكاحها، إلا أنه لا يحل له إلا بعد العدة، وهي قران، أو شهر ونصف على قول إن كانت لم تحض ومثلها تحيض، وقيل: يكفي الاستبراء بحيضة أو خمسة وأربعين يوماً. وجه الأول : إطلاق الطلاق على هذا البيع في كثير من الأخبار المتقدمة لكونه سبباً في التسلط على الفسخ، فإذا حصل الفسخ كان طلاقاً بطريق أولى، كذا ذكر في المسالك، وفيه ما عرفت آنفاً من أن غاية ما تدل عليه هذه العبارة في الأخبار هو المشابهة للطلاق، ويكفي في ذلك مجرد التسلط به على الفسخ كما يشير إليه قوله في صحيحة بريد وبكير المتقدمة « فإن بيعها طلاقاً، فإن شاء المشتري فرق بينهما، وإن شاء تركهما على نكاحهما، وهو لا يستلزم كونه طلاقاً لو وقع، بحيث يترتب عليه ما يترتب على الطلاق من الأحكام التي من

(١) سورة النساء - آية ٢٢.

بجملتها وجوب العدة ، وبذلك يظهر أن قوله « فإذا حصل الفسخ كان طلاقاً بطريق أولى » غير موجه .

و وجه الثاني : إطلاق النصوص الدالة على استبراء المشتري للأمة إذا اشتراها ، وما نحن فيه من جملة ذلك ، واستبرائها كما سيأتي ذكره بحبيضة أو خمسة وأربعين يوماً .

و من العجب ما وقع له في المسالك في هذا المقام ، فإنه نقل في المتن عن المصنف أنه لو لم يجز نكاحها لم يكن عليها عدة وكفى الاستبراء في جواز الوطء ، ثم إنه قال في الشرح : « وحيث بفسخ المشتري العقد لا تحل له حتى تنقضي عدتها من الفسخ كالطلاق بمعنى قرءين أو شهر ونصف - إلى أن قال : - و قيل : ويكفي استبرائها بحبيضة أو خمسة وأربعين يوماً ، وهو الذي اختاره العلامة ولم ينقل غيره ، والأقوى الأول ، وهو الذي اختاره المصنف ولم ينقل غيره . انتهى ملخصاً ، وفيه أن المصنف إنما صرح بالاستبراء كما نقله عن العلامة مع نصريحه بنفي العدة ، فكيف ينسب إليه اختيار القول الأول ، وهو القول بوجوب العدة . وأما ما ذكره من أن الأقوى القول بالعدة بناءً على ما قدمنا نقله عنه في بيان وجهه ففيه ما عرفت .

الرابع : قد صرح الأصحاب من غير خلاف يعرف بأنه يجوز ابتياع ذوات الأزواج من أهل الحرب ولو من أزواجهن ، وكذا يجوز شراء بناتهم وأبنائهم ولو من الآباء ويصيرون ملكاً للمشتري ، ويترتب على هذا التملك أحكامه التي من جملتها وطء الجارية بملك اليمين ، وعلى ذلك دلت جملة من النصوص ، وقد تقدمت في كتاب البيع في الفصل التاسع في بيع الحيوان^(١) .

ومنها رواية عبد الله اللحام^(٢) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يشتري

(١) ج ١٩ ص ٤٦٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٤ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ح ٢ .

من رجل من أهل الشرك ابنته ، فيتخذها ؟ قال : لا بأس .
وبهذا الاسناد^(١) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يشتري امرأة
رجل من أهل الشرك ، يتخذها أم ولد ؟ قال : فقال : لا بأس » و أشار بقوله
يتخذها إلى الوطء .

وروى الشيخ في التهذيب^(٢) عن إسماعيل بن الفضل الهاشمي « قال : سألت
أبا عبد الله عليه السلام عن سبي الأكراد إذا حاربوا ومن حارب من المشركين ، هل يحل
نكاحهم وشراؤهم ؟ قال : نعم » إلى غير ذلك من الأخبار المتقدمة ثمة .
وقد صرح جملة من الأصحاب منهم المحقق الشيخ علي في الشرح والشهد
الثاني في المسالك ، بأن إطلاق البيع على ذلك يعني بالنسبة إلى الشراء من الزوج
أو الأب ونحوهما إنما هو بطريق المجاز ، باعتبار صورته ، فهو بالاستنقاذ أشبه منه
بالبيع ، فإنهم فيء للمسلمين يملكون بمجرد الاستيلاء عليهم ، فإذا حصل البيع
كان آكد في ثبوت الملك وتحقيقه .

قال المحقق المذكور : نعم في صورة بيع القريب^(٣) قريبه الذي حقه أن
ينعتق عليه إشكال .

وقال في المسالك : والأقوى أنه لا يترتب عليه أحكامه من طرف المشتري ،
حتى لو كان المبيع قريبه الذي ينعتق عليه عتق بمجرد البيع ، وتسلطه عليه ،
لإفادة اليد الملك المقتضي للعتق .

أقول : قد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الحادية عشر من المقصد الثاني من
الفصل التاسع في بيع الحيوان من كتاب البيع^(٤) وكذا يجوز شراء ما يبيعه أهل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٧٧ ح ٤٣ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٨ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٠ ح ٩ ، الوسائل ج ١١ ص ٩٩ ب ٥٠ ح ١ .

(٣) مثل الإبن والأبنة ، لا مثل الزوجة ونحوها . (منه - رحمه الله -) .

(٤) ج ١٩ ص ٤٦٢ .

الضلال من أهل الحرب وإن كان ذلك للإمام ^{عليه السلام} لحصول الإذن منهم ^{عليهم السلام} وفي رواية الهاشمي المتقدمة ما يدل عليه ، وتقدم أيضاً في المسألة الأولى من المقصد الأول من الفصل التاسع في بيع الحيوان ^(١) من الأخبار ما يدل عليه.

الخامس : قد صرح جلّ الأصحاب بأنّ كل من ملك أمة بوجه من وجوه التملك يبيع أوهبة أو إرث أو صلح أو قرص أو استرقاق أو نحو ذلك ، فإنه يجب عليه استبرأؤها قبل الوطء .

وخصّ ابن إدريس ذلك بالبيع والشراء اقتصاراً على مورد النص ، فإنه هو الذي وردت النصوص فيه بالاستبراء دون غيره من الوجوه المذكورة ، مستنداً على نفيه في غير البيع بالأصل وعموم « ما ملكت أيمانكم » ^(٢).

واحتجّ الأصحاب على ما ذهبوا إليه من العموم باشتراك هذه الوجوه في المقتضى لذلك ، وهو العلم براءة الرحم من ماء الغير ، والمحافظة على الأنساب من الاختلاط .

ونقل عن ابن إدريس أنّه وافق الأصحاب أيضاً في موضع آخر من كتابه ، ثمّ إنهم صرحوا أيضاً بسقوطه في مواضع .

أقول : وتحقيق المسألة بتفصيل هذا الاجمال بما يزيل عنه نقاب الاشكال قد تقدم في كتاب البيع في فصل بيع الحيوان فلا حاجة إلى إعادته ، وإن كان جملة من أصحابنا قد كرروا الكلام عليه في هذا الموضع أيضاً .

نعم هنا موضعان يسقط الاستبراء فيهما لم يتقدم ذكرهما : (أحدهما) مال المملك أمة فأعتقها فإنّ له العقد عليها بعد العتق ، وأن يطأها من غير استبراء ، وإن كان الأفضل له الاستبراء .

قال في المسالك : وظاهر الأصحاب الاتفاق عليه ، أمّا غيره فقد أطلق جملة

(١) ج ١٩ ص ٣٧٢ .

(٢) سورة النساء - آية ٢٠٤ .

من الأصحاب أنه ليس له ذلك إلا بعد العدة ، ويدل على الحكم الأول جملة من الأخبار :

منها ما رواه الشيخ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية فيعتقها ثم يتزوجها ، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ؟ قال : يستبرئ رحمها بحيضة ، قلت : فإن وقع عليها ؟ قال : لا بأس . »

وعن عبيد بن زرارة^(٢) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يشتري الجارية ثم يعتقها ويتزوجها ، هل يقع عليها قبل أن يستبرئ رحمها ؟ قال : يستبرئ رحمها بحيضة ، وإن وقع عليها فلا بأس . »

وعن أبي العباس الباق^(٣) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل اشترى جارية فأعتقها ثم تزوجها ولم يستبرئ رحمها ، قال : كان نوله أن يفعل ، وإن لم يفعل فلا بأس . »

وعن ابن أبي يعفور^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث « . . . وقال في رجل اشترى جارية ثم أعتقها ولم يستبرئ رحمها ، قال : كان نوله أن يفعل ، فإذا لم يفعل فلا شيء عليه » قوله « نوله أن يفعل » أي ينبغي له أن يفعل .

واستدلوا على الحكم المذكور أيضاً بأن الاستبراء إنما للمملوكة ، وهذه قد خرجت بالعتق عن كونها مملوكة ، فإنها تصير بالعتق أجنبية منه ، نسبتها إليه وإلى غيره على السواء .

وفيه أن هذا إنما يطلح وجهاً للنص لالتأسيس للحكم ، لأن أدلة وجوب الاستبراء على المشتري مطلقة أو عامة ، فهي شاملة لمن أعتق ولم يعتق ، إلا أنه لما ورد النص باستثناء من أعتق وجب الوقوف على مورد النص ، وبقي ما عداه

(١) و(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٦ و ٣٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٥١٤ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٨ وفيه « كان له أن يفعل » ، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٥١٤ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٧١ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩٨ ح ٣ .

داخلاً تحت الإطلاق .

وكيف كان فإن هذه الأخبار كما أنّها دالة على جواز الوطء من غير استبراء فهي دالة على أفضليّة الاستبراء ، وإطلاق أكثر عبارات الأصحاب تقتضي عدم الفرق بين أن يعلم للأمة وطء محرم أم لا ، وقيد العلامة في جملة من كتبه بأن لا يعلم لها وطء محرم ، وإلا وجب الاستبراء ، ولا ريب أنّه أحوط .

وأما الحكم الثاني وهو أنّه لا يجوز لغيره وطؤها حتى تمتد كالحرّة ، فهو ممّا لا ريب فيه ولا إشكال إذا كان المولى قد وطأها كما سيأتي الدلالة عليه في حسنة الحلبي وصحيحة زرارة الآيتين في الموضع الثاني .

أما لو لم يطأها المولى فإطلاق جملة من العبارات يقتضي وجوب العدة ، وهو لا يخلو من إشكال ، إذ لا يظهر هنا وجه للفرق بين الأجنبي والمولى ، لأنّها بالعتق صارت أجنبيّة للجميع ، فوجوب العدة للأجنبي وسقوطها عن المولى لا يظهر له وجه والمفهوم من عبارته في الشرايع سقوط العدة في الموضعين وهو صريح شيخنا الشهيد الثاني في المسالك حيث قال : وحاصل الحكم أن المولى إذا أعتق أمته فلا يخلو إمّا أن يكون بعد أن وطأها أو قبله ، فإن كان قبل الوطء : جاز لغيره تزويجها بغير عدة ولا استبراء ، وإن أمكن أن تكون موطوءة في ذلك الطهر لغير المعتق ، بأن يكون المعتق اشتراها ثم أعتقها قبل أن تحيض عنده ، ووجه جواز تزويجها لغيره بغير استبراء ما تقدم من جواز تزويج مولاه لها من غير استبراء من حيث إنّّه مختص بالمالك ، وتابع لنقل المالك ، وهو هنا منتفٍ لأنّها حرة ، إنتهى .

أقول : ويمكن أن يقال على ما ذكره في وجه الجواز^(١) إن الذي تقدم في كلامه في الاستدلال على جواز تزويج المولى من غير استبراء هو الاستدلال بالأخبار

(١) فإنه قال بعد ذكر الحكم في عبارة المصنف : ومستنده صحيحة محمد بن مسلم وأردفها برواية عبيد ابن زرارة ورواية أبي العباس ، ثم قال : ويدل عليه أيضاً أن الإستبراء إنما يثبت وجوبه للمملوكة ، إلى آخر ما ذكره من الدليل العقلي . (منه - رحمه الله -) .

الثلاثة الاول ، ثم أردفها بالدليل العقلي الذي قدمنا ذكره عنهم ، وقد عرفت ما فيه ، وأنه لا يصلح لتأسيس حكم شرعي ، وإن صلح لأن يكون وجهاً للنص ، فلم يبق إلا الأخبار وموردها إنما هو المولى ، وحينئذ يبقى غير المولى لدليل عليه فيجب العدة بالنسبة إليه وبه يزول الاشكال الذي أشرنا إليه آنفاً ويقوى الفرق بين المولى وغيره كما دل عليه إطلاق العبارات المشار إليها آنفاً .

قال في المسالك : وألحق بعضهم بالعتق تزويج المولى للأمة المبتاعة فإنه لا يجب على الزوج استبراء ما لم يعلم سبق وطء محرم في ذلك الطهر ، وذلك لأن الاستبراء تابع لانتقال الملك ، وهو منتفٍ هنا ، وعلى هذا فيمكن أن يجعل ذلك وسيلة إلى سقوط الاستبراء عن المولى أيضاً بأن يزوجه من غيره ، ثم يطلقها الزوج قبل الدخول ، فيسقط الاستبراء بالتزويج ، والعدة بالطلاق قبل المسيس ، وإن وجد ما يظن كونه علّة للاستبراء ، وهو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق ، فإن العلّة مستنبطة لامنصوصة ، ومثله الحيلة على إسقاطه ببيعها من امرأة ونحو ذلك ، إنتهى .

أقول : مدار صحة هذا الكلام من أوله إلى آخره على ما ادعاه من أن العلّة في الاستبراء هو طلب براءة الرحم إنما هي علّة مستنبطة وإلا فإن ظاهر النصوص أن الأمر بالاستبراء إنما هو على جهة التبعيد شرعاً بذلك .

وفيه أنه قد روى الكليني^(١) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل اشترى جارية - إلى أن قال : - قلت : جارية لم تحض ، كيف يصنع بها ؟ فقال : أمرها شديد ، غير أنه إن أتاها فلا ينزل عليها حتى يستبين له إن كان بها حمل ، قلت : وفي كم يستبين له ؟ قال : في خمسة وأربعين ليلة .

وهي ظاهرة كما ترى في أن العلّة في الاستبراء هو اعتبار براءة الرحم من ماء السابق ، وحينئذ فإذا كانت العلّة ذلك كما دل عليه النص فإنه لا يتم ما ادعاه

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٢ ح ٢ ، الوسائل ج ١٣ ص ٣٦ ح ١ .

ذلك البعض الذي نقل عنه إلحاق تزويج المولى للأمة بالعق ، فإنه إذا كانت العلة في الاستبراء شرعاً هو ما عرفت ، فإنه لا يختص ذلك بالمشتري ، بل يجري فيه وفي ذلك الرجل الذي زوجته الأمة ، وتكاثر الأخبار بالنسبة إلى المشتري إنما هو من حيث كون شرائه لأجل الوطء ، لا من حيث كونه مشترياً ومالكاً كما توهموه .

و(ثانيهما) مالو كانت الأمة سريّة للمولى فأعتقها ، فإنه يجوز له وطؤها بالعقد عليها من غير استبراء ولا عدة ، وأما غيره فلا يجوز إلا بعد العدة .
ويدل على ذلك ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل يعتق سريته ، أ يصلح له أن يتزوجها بغير عدة ؟ قال : نعم ، قلت : فغيره ؟ قال : لا ، حتى تعتد ثلاثة أشهر ، الخبر .
وما رواه في التهذيب^(٢) عن زرارة عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن رجل أعتق سريته ، أله أن يتزوجها بغير عدة ؟ قال : نعم ، قلت : فغيره ؟ قال : لا ، حتى تعتد ثلاثة أشهر .

المقام الثاني : في ملك المنفعة الحاصل بالتحليل ، والكلام في هذا المقام يقع في موارد :

الأول : المعروف من مذهب الأصحاب صحة تحليل المولى وطء أمته لغيره . قال ابن إدريس : إنه جائز عند أكثر أصحابنا المحققين ، وبه تواترت الأخبار ، وهو الأظهر بين الطائفة والعمل عليه والفتوى به ، ومنهم من منع منه ، انتهى . وحكى الشيخ في المبسوط قولاً بالمنع منه ، وهو الذي أشار إليه ابن إدريس بقوله : ومنهم من منع .

ويدل على المشهور الأخبار المستفيضة المتكاثرة التي يضيق المقام عن الإتيان

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١ ب ١٣ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٧٥ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١ ب ١٣ ح ١ .

عليها ، ولكن تنقل شرطاً منها .

ومنها ما رواه الكليني والشيخ^(١) في الصحيح عن الفضيل بن يسار « قال : قلت لأبي عبدالله عليه السلام : جعلت فداك إن بعض أصحابنا قد روى عنك أنك قلت : إذا أحل الرجل لأخيه جاريته فهي له حلال ، فقال : نعم يا فضيل ، قلت له : فما تقول في رجل عنده جاريته نفيسة وهي بكر أحل لأخيه مادون فرجها ، أله أن يقتضها ؟ قال : لا ، ليس له إلا ما أحل له منها ، ولو أحل له قبله منها لم يحل له سوى ذلك ، قلت : أرأيت إن أحل له مادون الفرج فغلبته الشهوة فاقتضها ؟ قال : لا ينبغي له ذلك ، قلت : فإن فعل ، أيكون زانياً ؟ قال : لا ، ولكن يكون خائناً ، ويفرم لصاحبها عشرينها . وزاد في الكافي . « وإن لم تكن بكراً فنصف عشرينها » الحديث .

وما رواه في الكافي^(٢) في الصحيح عن ابن رثاب عن أبي بصير ، وهو مشترك والأظهر عندي عند حديثهما معاً في الصحيح « قال : سألت أبا عبدالله عليه السلام عن امرأة أحلت لابنها فرج جاريته ، قال : هو له حلال ، قلت : أفيحل له ثمنها ؟ قال : لا ، إنما يحل له ما أحلت له » الحديث .

وفي الصحيح عن ضرب بن عبد الملك^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « في الرجل يحل لأخيه جاريته وهي تخرج في حوائجه ؟ قال : هي له حلال » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٤ ح ١٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٩ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٧ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٢ ، التهذيب ج . ص ٢٤٢ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٤ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ١ .

وفي الصحيح عن محمد بن إسماعيل بن بزيع^(١) عن أبي الحسن الرضا عليه السلام في امرأة أحلت لزوجها جاريته ، فقال : ذلك له ، قال : فإن كانت تمزح ؟ فقال : وكيف له بما في قلبها ، إذا علم أنها تمزح فلا .

وفي الحسن عن زرارة^(٢) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحل جاريته لأخيه ؟ قال : لا بأس ، قال : قلت : فإنها جاءت بولد ، الحديث ، وسيأتي تمامه إن شاء الله قريباً .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(٣) عن عبد الكريم عن أبي جعفر عليه السلام قال : قلت له : في الرجل يحل لأخيه فرج جاريته ؟ قال : نعم ، له ما أحل منها . وعن أبي بكر الحضرمي^(٤) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن امرأتني أحلت لي جاريته ، فقال : أنكحها إن أردت ، قلت : أبيعها ؟ قال : لا ، إنما حل لك منها ما أحلت .

وعن الحسن بن عطية^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا أحل الرجل من جاريته قبله لم يجزله غيرها ، فإن أحل له منها دون الفرج لم يحل له غيره ، وإن أحل له الفرج حل له جميعاً .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٨ ، التهذيب ج . ص ٢٤٢ ح ١٠ وص ٤٦٢ ح ٦٢ مع تفاوت يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٢٢٧ ح ٢ وص ٥٣٤ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٥ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٣ و ٤ وما في المصادر « قلت لأبي جعفر عليه السلام » .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٣ ، التهذيب ج . ص ٢٤٢ ح ٩ وفيه « عن أبي عبد الله - عليه السلام - » ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٨ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٦٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٩ ح ٢ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٥ ، التهذيب ج . ص ٢٤٥ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٩ ح ١ .

وفي الصحيح عن هشام بن سالم وحفص بن البختري^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يقول لامرأته: أحلّي لي جاريتك، فإنّي أكره أن تراني منكشفاً، فتحلّها له، قال: لا يحلّ له منها إلّا ذلك، وليس له أن يمسه ولا أن يطأها، وزاد فيه هشام: «له أن يأتيها؟ قال: لا يحلّ له إلّا الذي قالت».

وعن محمد بن إسماعيل بن بزيع^(٢) قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن امرأة أحلت لي جاريتها؟ فقال: ذلك لك، قلت: فإن كانت تمزح؟ قال: كيف لك بما في قلبها، فإن علمت أنّها تمزح فلا.

إلى غير ذلك من الأخبار، وسيأتي شطر منها إن شاء الله تعالى في الأبحاث الآتية. إحتج المانعون على ما نقله في المختلف بقوله عز وجل «والذين هم لفرجهم حافظون، إلّا على أزواجهم أو ما ملكت أيمانهم فإنهم غير ملومين، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون»^(٣) وهذا خارج عن القسمين فيدخل تحت العدوان. وما رواه الحسين بن علي بن يقطين^(٤) في الصحيح قال: سألت عن الرجل يحلّ فرج جاريته؟ قال: لأحبّ ذلك.

وعن عمار الساباطي^(٥) عن الصادق عليه السلام في المرأة تقول لزوجها: جاريتي لك قال: لا يحلّ له فرجها إلّا أن تبعه أو تهب له.

وأجاب في المختلف عن الآية بأن المراد بالملك في الآية ما يشمل ملك المنفعة، فيكون نكاح التحليل مندرجاً تحت الآية، وعن الحديث الأول بالحمل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٧، التهذيب ج . ص ٢٤٥ ح ١٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٨ ح ٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٨، التهذيب ج . ص ٢٤٢ ح ١٠ وفيه «أحلت لزوجها»، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٤ ح ٣.

(٣) سورة المؤمنون - آية ٥ و ٦ و ٧.

(٤) (٥) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١١ و ١٣، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٣ ح ٧ و ص ٥٣٥ ح ٥.

على الاستحباب ، قال : والثاني ضعيف السند ، مع أن الصيغة وهي التحليل لم توجد ، إنتهى .

والأظهر عندي حل الخبرين على التقيّة ، فإن العامة مطبقون على عدم صحة نكاح التحليل وهو من خواص الامامية - أنار الله برهانهم -

ويشير إلى ما ذكرنا كلام الشيخ في الجواب عن خبر الحسين بن علي بن يقطين حيث إنّه قال : إن هذا الخبر ورد مورد الكراهة ، والوجه فيه أن هذا ممّا لا يراه غيرنا ، وممّا يشنع علينا مخالفونا به ، فالتنزه عنه أولى . إنتهى ، وهو يرجع إلى الحمل على التقيّة كما ذكرناه .

ومن هذه الأخبار المتقدمة وأمثالها يعلم صحة ما صرح به الأصحاب من أنّه يجب الاقتصاد في التحليل على ما تناوله اللفظ ، فلو أحل له قبله خاصة - إقتصر عليها وحرم مازاد - والنظر خاصة إختص الحل به ، ولو أحل له الخدمة خاصة حرم ما سواها ، ولو أحل له الوطء لم يحل له الاستخدام . نعم يحل له غيره من ضرب الاستمتاع لدلالته على الوطء بالمطابقة ، ودلالته على باقي وجوه الاستمتاع كالنظر واللمس والقبلة ونحوها بالالتزام ، وبذلك صرحت رواية الحسن بن عطية .

الثاني : لا ريب في اعتبار صيغة لهذا النكاح ، فإن مجرد التراضي لا يكفي حل الفروج إجماعاً ، وقد أجمعوا على الجواز بلفظ التحليل ، لأنّه هو الوارد في النصوص كما عرفت ممّا قدمناه من الأخبار وغيره على هذا المنوال أيضاً ، فيصح بقوله : أحللت لك وطء فلانة ، أو : جعلتك في حل من وطئها ، قاصداً به الانشاء . واختلفوا في لفظ الاباحة ، فالمشهور - وهو قول الشيخ في النهاية وأتباعه والمرتضى - أنّه لا يفيد الحل ، ونقل عن العلامة في أحد قوليه وقولاً على ظاهر النصوص ، وتمسكاً بالأصل ، وذهب الشيخ في المبسوط وابن إدريس والمحقق والعلامة في القول الآخر وجماعة إلى الاكتفاء به لمشار كنه للتحليل في المعنى ، ويجوز إقامة كل من المترادفين مقام الآخر كما ذكر في الأصول .

وردّ بمنع الاكتفاء بالمرادف ، فإنّ في النكاح شائبة العبادة ، وكثير من أحكامه توقيفية ، وفي معنى الاباحه أذنت لك في وطئها ، و سوغت لك ومملكتك ذلك ، فمن جوز الاباحه اكتفى بهذه الألفاظ لأنها في معناها ، ومن اقتصر على التحليل منع منها .

أقول : وروى الشيخ في التهذيب^(١) عن هشام بن سالم « قال : أخبرنا محمد بن مضارب قال : قال لي أبو عبد الله عليه السلام : يا محمد خذ هذه الجارية تخدمك وتصيب منها فإذا خرجت فاردها إلينا » .

و فيه كما ترى دلالة على الاكتفاء بالكنايات ، فبطريق الأولى الاكتفاء بالاباحه ، وما في معناها من هذه الألفاظ المذكورة ونحوها .
وأما لفظ العارية فظاهر المحقق في النافع أنه لا خلاف في المنع منه حيث نقل الاتفاق من الجميع على المنع .

ويدلّ عليه ما رواه في الكافي^(٢) عن أبي العباس البقباق « قال : سألت رجل أبا عبد الله عليه السلام ونحن عنده عن عارية الفرج ، فقال : حرام ، ثم مكث قليلاً ثم قال : لكن لا بأس بأن يحل الرجل جاريته لأخيه » .

إلا أنه نقل السيد السند في شرح النافع عن ظاهر ابن إدريس حصول التحليل به ، ثم قال : ويدلّ عليه رواية الحسن العطار^(٣) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ، قال : لا بأس به ، قلت : فإن كان منه ولد ؟ فقال : لصاحب الجارية إلا أن يشترط عليه » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٤ ، التهذيب ج . ص ٢٤٢ ح ٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٢ ح ٦ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٦ ، التهذيب ج . ص ٢٤٤ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٦ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٢ .

ثم قال: وهي ضعيفة بجهالة الراوي، فالأحوط الاقتصار على لفظ التحليل، لأنه المتفق وإن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الاذن في الوطء لا يخلو من قوة، إنتهى.

أقول: أما ما ذكره من ضعف الرواية بجهالة الراوي فإنه يمكن المناقشة فيه بأن الحسن العطار هنا الظاهر أنه الحسن بن زياد العطار الضبي، وهو ثقة، فتكون الرواية صحيحة.

وأما ما ذكره من الاحتياط أو الاقتصار على لفظ التحليل وإن كان الاجتزاء بكل لفظ أفاد الاذن في الوطء لا يخلو من قوة فهو جيد، ويؤيده ما تقدم في غير مقام من أن المدار في العقود مطلقاً على الألفاظ الدالة على الرضاء بمقتضى ذلك العقد بأي لفظ كان، فهنا بطريق أولى حيث إنه في الحقيقة لا يخرج عن الإباحة كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى، والأمر فيها أوسع دائرة من العقود ويؤيده تأييداً رواية محمد بن مضارب المتقدمة.

بقي الكلام في تعارض رواية البقباق الدالة على عدم جواز النكاح بالعارية، ورواية الحسن العطار الدالة على جوازه، وأنه لا بأس به، وقد جمع بينهما في الوافي بحمل العارية في رواية الحسن على التحليل، وأنه قد أطلق عليه تجوزاً، ولا بأس به في مقام الجمع، والله العالم.

الثالث: إختلف الأصحاب في أن التحليل هنا هل هو عقد أو إباحة وتمليك منفعة؟ فنقل عن السيد المرتضى أنه عقد منفعة محتجاً على ذلك بأنه ليس ملك يمين، لأن المفهوم من ملك اليمين ملك الرقبة، فيكون عقداً لا يحصر سبب الإباحة في العقد والمملك بنص القرآن، والمشهور أنه ملك منفعة، لأنه ليس عقد دوام، وإلا لم يرتفع إلا بالطلاق وهو باطل إجماعاً، ولا عقد منفعة، لأنه مشروط بذكر المهر والأجل وهما غير معتبرين في التحليل، وإذا اتفق كونه عقداً ثبت كونه تمليك منفعة، لأن الحل دائر مع العقد والمملك على سبيل منع الخلو، وإذا اتفق الأول ثبت الثاني.

قال السيّد السند في شرح النافع بعد ذكر ذلك وهو جيد : لو انحصر طريق الحل في المنفعة والمملك ، لكنّه غير ثابت خصوصاً مع استفادة الأخبار بل تواترها بأن التحليل طريق إلى حل الوطء ، إنتهى .

أقول : فيه أنّه لا ريب في أنّ مقتضى قوله عز وجل « إلا على أزواجهم أو ما لكت أيما نهم فإنهم غير ملومين ، فمن ابتغى وراء ذلك فأولئك هم العادون »^(١) هو انحصار الحل في العقد والمملك ، إلا أنّه حيث ثبت بالأخبار حصول الحل بالتحليل فلا بد من إرجاع ذلك إلى أحد الفردين المذكورين في الآية لئلا يلزم طرح الأخبار المذكورة لخروجها على خلاف ما صرح به الكتاب العزيز حسب ما استفادته أخبارهم عليهم السلام « أن كل خبر خالف القرآن يضرب به عرض الحائط »^(٢) . وبالجمله فاللازم إمّا منع دلالة الآية على الحصر ، والظاهر أنّه لا يقول به لتصريحها بأن من ابتلى وراء ذلك فهو عاد ، وأمّا طرح الأخبار المذكورة فالجمع بين الأدلة حيثما أمكن أولى من طرحها ، وهو هنا ممكن على القول المشهور بحمل المملك في الآية على ما هو أعم من ملك الرقبة أو المنفعة .

وكيف كان فالظاهر هو القول المشهور ، إذ لا يخفى على من تأمل الأخبار المتقدمة وما اشتملت عليه من قوله عليه السلام « لو أحل له قبله لم يحل له سواها ، وإنه لا يحل له إلا ما أحل » ، وقوله « يحل له ما دون الفرج » .

ونحو ذلك أنّه لا مجال للحمل على العقد المدعى هنا ولا معنى له ، بل ليس إلا مجرد الإباحة وتمليك تلك المنفعة الخاصة التي تعلّق بها الإذن ، وكذا ما تضمن أنّه لو أحل له الفرج حل له جميع ذلك ، لا معنى له إلا بإباحة الفرج له ، فإنّه يستبيح به ما عداه من نظر ولس وتقبيل ونحوها ، ولا معنى للعقد هنا بوجه ، فكلام السيّد المزبور على غاية من القصور .

(١) سورة المؤمنون - آية ٦ و ٧ .

(٢) لم نعثر عليه بهذا اللفظ وإنما بمعناه وردت أحاديث ...

إذا عرفت ذلك فاعلم أن ظاهر الأصحاب وجوب القبول على كل من القولين ، قال في المسالك : أما على العقد فظاهر ، وأما التملك فلائنه في معنى هبة المنفعة فيكون أيضاً من قبيل العقود ، وإتباعنا عنه اسم عقد النكاح ، لا مطلق العقود ، فالتحقيق أنه عقد في الجملة على التقديرين ، إنتهى .

وفيه أنه لا يخفى على من راجع الأخبار الواردة في المقام أنها على كثرتها وتعددتها لا إشارة فيها إلى اعتبار القبول كما عرفت من الأخبار المتقدمة ونحوها غيرها ، فإنها كلها على هذا المنوال ، بل هي بالدلالة على العدم أنسب وإليه أقرب ، وقد اعترف بذلك أيضاً سبطه السيد السند في شرح النافع ، فقال بعد نقل ذلك عنهم : وليس في الروايات ما يدل عليه ، بل الظاهر منها خلافه ، إنتهى .

ثم إن المشهور بينهم أنه لا يقتصر إلى تعيين مدة ، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه يقتصر ، ولم نقف له على دليل ، والروايات على كثرتها خالية من ذلك ، والظاهر أنه لا يشترط فيه ما تقدم في نكاح الاماء من الاشتراط بفقدان الطول وخوف العنت لاطلاق أكثر الأخبار وخصوص صحيحة محمد بن إسماعيل بن بزيع المتقدمة وهي الاولى منها ، ورواية أبي بكر الحضرمي المتقدمة أيضاً .

الرابع : إختلف الأصحاب في تحليل السيد أمته لعبد ، فذهب جملة منهم الشيخ في النهاية والعلامة في المختلف ولده فخر المحققين إلى العدم لصحبة على بن يقطين^(١) عن أبي الحسن عليه السلام أنه سئل عن المملوك أيحل له أن يطأ الأمة من غير تزويج إذا أحل له مولاه ؟ قال : لا يحل له ، واستدلوا أيضاً بأنه نوع تملك ، والعبد ليس أهلاً له .

وذهب ابن إدريس والمحقق في الشرايع إلى الجواز ، وبدل عليه مارواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن فضيل مولى راشد قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : لو لاي في

(١) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٣ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٢٣٨ ح ٦٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٣٦ ح ١ .

يُبدى مال ، فسألته أن يحل لي مما اشتري من الجواري ، فقال : إن كان يحل لك إن أحل لك فهو حلال ، فسألت أبا عبد الله عليه السلام عن ذلك فقال : إن أحل لك جارية بعينها فهو لك حلال ، وإن قال : اشترى منهن ماشئت ، فلا تطل منهن شيئاً إلا من يأمرك ، إلا جارية يراها فيقول : هي لك حلال ، وإن كان لك أنت مال فاشتر من مالك ما بدا لك .

وإلى هذه الرواية مع الرواية السابقة أشار المحقق في الشرايع بقوله: وفي تحليل أمته لمملوكه روايتان : إحداهما المنع ، وظاهر شيخنا في المسالك أنه لم يقف على الرواية الثانية حيث قال : والرواية التي أشار المصنف إلى دلالتها على الجواز لم تقف عليها ولا ذكرها غيره ، وإنما التجأ في تحليل هذا القول والاحتجاج له إلى الأدلة العقلية التي يتكلفونها في أمثال هذا الموضع .

قال : واختار المصنف الحل لوجود المقتضي ، وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا كونه لا يملك وفي ملكه مطلقاً ممنوع ، سلمنا لكن المراد بالملك هنا الإباحة بمعنى استحقاق البضع وإباحته لا الملك بالمعنى المشهور لأن ملك البضع لا معنى له إلا الاستحقاق المذكور .

وأنت خبير بما فيه كما سلف الكلام في مثله في غير موضع ، وقد اتفق لسببه في شرح النافع أيضاً - من حيث عدم وقوفه على الرواية - إرتكاب تكلف آخر أيضاً ، فقال - بعد قول المصنف : وفي تحليل أمته لمملوكه تردد ، ومساواته للأجنبي أشبه - ما هذا لفظه : منشأ التردد من إطلاقات الروايات المتضمنة لحل الأمة بالتحليل المتناولة للحر والعبد ، ومن صحيحة علي بن يقطين المتضمنة للمنع من ذلك ، ثم ساق الرواية .

وفيه أن ما ادعاه من إطلاقات الروايات وتناوله للحر والعبد غير مسلم ، إذ لا وجود له في الأخبار كما لا يخفى على من راجعها ، وقد تقدم لك شطر منها ، فإنه ليس فيها ما يتناول للمملوك بوجه ، إذ غاية ما دلّت عليه به صرح عباراتها

إنّما هو الرجل يحلّ جاريته لأخيه ، ومنها ما هو مخصوص بالمرأة تحلّ لزوجها أو المرأة لابنها ونحو ذلك ، وليس فيها إشارة إلى الحلّ للمملوك بالكليّة .
وتردد المصنّف إنّما هو من تعارض الخبرين المذكورين ، ولكنه لما لم يطّلع على الخبر الدالّ على الجواز ارتكب هذا التكلّف مع ما عرفت من بطلانه .
وكيف كان فالظاهر هو حمل صحيحة علي بن يقطين على النقيّة ، كما قدمنا ذكره في المورد الأول ، لاعتضاد رواية الجواز المذكورة بجملة من الأخبار الدالة على جواز تسري العبد الجوّاري بإذن مولاه .

ومنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن زرارة عن أحدهما عليهما السلام قال : سألته عن المملوك كم يحلّ أن يتزوج ؟ قال : حرتان أو أربع إماء ، وقال : لا بأس إن كان في يده مال ، وكان مأذوناً له في التجارة أن يتسرى ما شاء من الجوّاري ويطأهنّ .

وما رواه في الكافي^(٢) عن إسحاق بن عمّار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المملوك يأذن له مولاه أن يشتري من ماله الجارية والثنتين والثلاث وريقة له حلال ؟ قال : يحدّ له حدّاً لا يجاوزه .

ومارواه في الكافي والتهذيب عن زرارة^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا أذن الرجل لعبده أن يتسرى من ماله ، فإنه يتسرى كم شاء بعد أن يكون قد أذن له .
وظاهره في المسالك أيضاً حمل صحيحة علي بن يقطين على النقيّة ، قال : لأنّ العامّة يمنعون التحليل مطلقاً ، إلّا أنّه من حيث عدم إطلاعه على الرواية المجارضة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٣ ، التهذيب ج - ص ٢١٠ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٠ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٧ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٩٦ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٠٧ ح ٣ .

استشكل ، فقال : و مع ذلك ففي تكلف الحمل مع عدم وجود المعارض إشكال ، ثم قال : إنه لافرق على القولين بين تحليل عبده لأتمته أو عبد غيره إذا أذن سيده وإتما خص المصنف عبده لموضع النص .

و عندي فيه إشكال ، لأن التحليل على خلاف الأصل و خارج عن مقتضى القواعد وظاهر القرآن ، ولهذا أطبق العامة على عدم جوازه ، ولكن لما تكاثرت به أخبارنا من غير معارض فيها أطبق الأصحاب على جوازه ، إلا الشاذ النادر ، وتكلفوا إدخاله في الآية كما تقدم ، ولا ريب أن مورد الأخبار كما لا يخفى على من تتبعها إنما هو التحليل للحر خاصة ، والتحليل للعبد إنما وقع في خبر فضيل مولى راشد ، ومورده مختص بتحليل السيد أتمته لعبده ، وحينئذ فالحكم بتحليل السيد أتمته لعبده مع إذن مالك العبد ممّا لا دليل له في الأخبار ، وحمله على مانحن فيه من عبد السيد وأتمته كما يفهم من كلامه لا يخرج عن القياس .

الخامس : قالوا : لو ملك بعض الأمة ، وكان البعض الآخر حراً ، فأحلت نفسها له ، لم يحل له نكاحها ، ولو كانت بين شريكين ، فأحل أحد الشريكين حصته لشريكه فقولان : المشهور المنع .

أقول : قد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام بما يتعلق بكل من المسألتين المذكورتين في المسألة السادسة من المطلب الأول مفصلاً فليرجع إليه .

السادس : إذا أحل السيد أتمته لحر وحصل من التحليل ولد ، فلا يخلو إما أن يشترط في صيغة التحليل كونه حراً أو رقاً ، أو لا يشترط شيء منهما . وعلى الأول فإنه يكون حراً ، ولا قيمة على الأب إجماعاً .

وعلى الثاني يبنى على صحة هذا الشرط في نكاح الأمة و عدمه ، وقد تقدم الكلام فيه في المسألة الثانية من المطلب الأول .

وعلى الثالث فالمسألة محل خلاف بين الأصحاب ، فالمشهور بين المتأخرين وبه قال الشيخ في الخلاف والمرضى وابن إدريس أنه حر ، ولا قيمة على أبيه ،

وخالف في ذلك الشيخ في النهاية والمبسوط وكتابي الأخبار ، فقال : بأنه رق ، قال في النهاية : ومتى جعله في حل من وطئها ، وأنت بولد كان لمولاهها وعلى أبيه أن يشتريه بماله إن كان له مال ، وإن لم يكن له مال استسعى في ثمنه ، وإن شرط أن يكون حراً كان على ما شرط . ونحوه في المبسوط وكتابي الأخبار ، ومنشأ هذا الخلاف اختلاف الأخبار والافطار .

فمما يدل على القول المشهور ما رواه في الكافي^(١) عن زرارة في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يحل جاريته لأخيه؟ فقال : لأبأس بذلك ، قلت : فإنه قد أولدها ، قال : يضم إليه ولده ، فترد الجارية على مولاه ، قلت : فإنه لم يأذن له في ذلك ، قال : إنه قد حلله منها فهو لا يأمن ذلك .

وما رواه الشيخ^(٢) في الموثق عن إسحاق بن عمار قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يحل جاريته لأخيه أو حرة حللت جاريته لأخيه؟ قال : يحل له من ذلك ما أحل له ، قلت : فجاءت بولد ، قال : يلحق بالحر من أبويه .

وعن عبد الله بن محمد^(٣) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يقول لأخيه جاريته لك حلال ، قال : قد حللت له ، قلت : فإنها قد ولدت ، قال : الولد له والام للمولى ، وأنتي لأحب للرجل إذا فعل بأخيه أن يمن عليه فيهبها له أقول : يعني إذا جاءت بولد .

ومما يدل على القول الآخر ما رواه الصدوق - رحمه الله عليه - والشيخ^(٤) عن ضريس بن عبد الملك في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام (الرجل يحل لأخيه جاريته

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٦ ، التهذيب ج . ص ٢٤٧ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ٤ وما في المصادر اختلاف يسير مع ما نقله - قدس سره - .

(٢) والتهذيب ج ٧ ص ٢٤٧ ح ٢٣ و ٢٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٧ و ٦ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٤٨ ح ٢٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٠ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٠ ح ١ .

وهي تخرج في حوائجه ، قال : هي له حلال ، قلت : أ رأيت إن جاءت بولد ما يصنع به ؟ قال : هو لمولي الجارية ، إلا أن يكون قد اشترط عليه حين أحلها له أنها إن جاءت بولد فهو حر ، قال : إن كان فعل فهو حر ، قلت : فيملك ولده ؟ قال : إن كان له مال اشتراه بالقيمة .

وروى الشيخ هذه الرواية في التهذيب بسند آخر ضعيف ، وهو الذي نقله الأصحاب في كتب الاستدلال ، ولذا ردوا الرواية بذلك كما أشار إليه المحقق في الشرايع ، وصرح به الشارح في المسالك ، والعلامة في المختلف ، ولم يقفوا على رواية الشيخ لها بالسند الآخر الصحيح ومثله الصدوق في الفقيه .

وبدل على ذلك صحيحة الحسن العطار^(١) وهو الحسن بن زياد العطار ، وقد وثقه النجاشي قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن عارية الفرج ؟ قال : لا بأس به ، قلت : فإن كان منه ولد ، فقال : لصاحب الجارية إلا أن يشترط عليه ، والمراد بالعارية هنا التحليل كما تقدم ذكره .

ومارواه في التهذيب^(٢) عن إبراهيم بن عبد الحميد عن أبي الحسن عليه السلام في امرأة قالت لرجل : فرج جاريتي لك حلال ، فوطأها فولدت ولداً ، قال : يقوّم الولد عليه بقيمته .

وقد رد المتأخرون هذه الروايات بضعف الأسناد ، وقال في المسالك : وفي طريق الأولى علي بن فضال ، والثانية مجهولة بالعطار ، والثالثة بعبد الرحمن بن حماد . وأراد بالأولى صحيحة ضريس بناءً على نقلها بذلك السند الضعيف كما عرفت ، وأراد بالثانية صحيحة الحسن العطار ، وبالثالثة رواية إبراهيم بن عبد الحميد ، ومثله العلامة في المختلف ، وكان الحامل لهم على الطعن في الحسن العطار هو ما في الفهرست من قول الشيخ : الحسن العطار له أصل يروي عنه ابن أبي عمير ،

(١) التهذيب ج . ص ٢٤٦ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ب ٣٧ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ق . ص ٢٤٨ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤١ ح ٥ .

وفيه أن الظاهر إن الرجل المذكور هو ما ذكره النجاشي بقوله الحسن بن زياد العطار مولى بني ضبة كوفي ثقة - إلى أن قال : - له كتاب يروي عنه ابن أبي عمير فإن الوصف بالعطار ورواية ابن أبي عمير عنه قد اتفقت عليه العبارتان ، ولكن النجاشي زاد ذكر الأب ، والشيخ لم يتعرض له ، وبالجملته فالمتأمل في ذلك لا يخفى عليه أن الرجل واحد .

وأجاب الشيخ عن الروايات الأولى بالحمل على أحد وجهين :

(الأول) الحمل على اشتراط الأب الحرية فإنها مجملته قابلة لذلك .

(الثاني) الحمل على أن يكون ضمّ ولده إليه ولحقه به بالقيمة كما هو صريح عبارته في النهاية المتقدمة ذكرها ، وبعد الأول قوله إلا في آخر حسنة زرارة قد حلّله منها وهو لا يأمن ذلك ، ويرجّح الثاني قوله إلا في آخر رواية إبراهيم بن عبد الحميد يقول الولد عليه بقيمته ، وقوله في آخر صحيحة ضريس « قلت : فيملك ولده ؟ قال : إن كان له مال اشتراه بالقيمة » .

و قال الصدوق في كتاب من لا يحضره الفقيه - بعد أن أورد حسنة زرارة وصحيحة ضريس - ما صورته : قال مصنف هذا الكتاب - رحمه الله عليه - : هذان الحديثان متفقان ، وليس بمختلفين وخبر حريز عن زرارة قال « يضمّ إليه ولده » يعني بالقيمة ما لم يقع الشرط بأنه حرّ . انتهى ، وهو جمع حسن بين الأخبار ، وقدر حجة السيّد السند في شرح النافع فإنه قال - بعد نقل كلام الصدوق - وما ذكره من الجمع جيّد .

وأما ما احتجّ به بعض المتأخّرين من عموم الأخبار المتقدمة - في المسألة الثانية من المطلب الأول الدالة على أن ولد الحر لا يكون إلّا حرّاً - منظور فيه بأنّ الدليل هناك مورده التزويج ، والتحليل أمراً آخر ، ولهذا أن الشيخ في المبسوط فرق بين ما إذا قلنا بأن التحليل عقد كما هو قول المرتضى أو بإباحة فأوجب إلحاقه بالحرّ منهما على الأول وحكم بالرقبة على الثاني ، فقال على

ما نقله في المختلف: ويكون الولد لاحقاً بأمه ويكون رقاً إلا أن يشترط الحرية، ولو كان عقداً يعني التحليل الحق بالحرية على كل حال، لأن الولد عندنا يلحق بالحرية من أي جهة كان. ذكر ذلك في معرض الاستدلال على أن التحليل نوع تملك لا عقد، على أنه قد دلت هناك جملة من الروايات على الرقية أيضاً كما هو مذهب ابن الجنييد.

وبذلك يظهر لك رجحان ما ذهب إليه الشيخ - عطر الله مرقده - والأصحاب لم ينقلوا الخلاف في هذا المقام إلا عن الشيخ وحده، مع أن عبارة الصدوق المذكورة صريحة في ذلك.

هذا وظاهر عبارة المحقق في كتابيه أنه لا خلاف في حرية الولد، وإنما الخلاف في وجوب فكّه بالقيمة على الأب، قال في الشرايع: ولد المحللة حراً، ثم إن شرط الحرية مع لفظ الاباحة فالولد حراً، ولا سبيل على الأب، وإن لم يشترط قيل: يجب على أبيه فكّه بالقيمة، وقيل: لا يجب، وهو أصح الروايتين، وقال في النافع: ولد المحللة حراً، فإن شرط الحرية في العقد فلا سبيل على الأب وإن لم يشترط ففي إلزامه قيمة الولد روايتان، أشبههما أنه لا يلزم.

وأنت خبير بما فيه، فإن الخلاف كما عرفت إنما هو في الحرية والرقية، وقد صرح الشيخ في عبارته المتقدم نقلها عن المبسوط بالرقية، فقال: ويكون رقاً إلا أن يشترط الحرية، وكذا عبارة النهاية، وقوله «كان لمولاه» يعني ملكاً لمولاه، والأخبار أيضاً إنما تصادمت في ذلك، والقول بوجوب فكّه بالقيمة إنما هو على تقدير الرقية كما عرفت من عبارة الشيخ في النهاية والصدوق في الفقيه، والفاصل بالحرية لا يقول بلزوم القيمة للأب.

أقول: وقد تقدم جملة من أحكام الاماء في كتاب البيع، وفي الفصول السابقة من هذا الكتاب.

ختم

يتضمن جملة من الأخبار كالتوارد لهذا الفصل .

فمنها ما رواه في الكافي^(١) عن غياث بن إبراهيم عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
لا بأس أن ينام الرجل بين أمتين والحرتين ، إنما نساؤكم بمنزلة اللعب .
وعن عبد الرحمن بن أبي نجران^(٢) عن رداء عن أبي الحسن عليه السلام أنه كان ينام
بين جارينتين .

أقول : قد صرح الأصحاب هنا بأنه لا بأس بالنوم بين أمتين ، ويكره بين
الحرتين .

أما الحكم الأول فاستدلوا عليه بالرواية الثانية ، وعلموا الكراهة بما فيه
من الامتهان كما ذكره في المسالك ، ونحوه سبطه في شرح النافع حيث نقل عنهم
ذلك ، وقال : لا بأس به .

وفيه أن " الخبر الأول - كما ترى - ظاهر في الجواز بالنسبة إلى الاماء
والحرائر ، معللاً له بما ذكر مما يدل على حسنه وحصول اللذة به .

و روى الشيخ^(٣) في الصحيح عن عبد الله بن أبي يعفور عن أبي عبد الله عليه السلام
وفي الرجل ينكح الجارية من جواريه وفي البيت من يرى ويسمع ، قال : لا بأس .
و بمضمون هذه الرواية صرح المحقق في النافع فقال : ولا بأس أن يطاق
الأمة وفي البيت غيره .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ ح ١٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩
ب ٨٤ ح ١ .

(٢) التهذيب ج . ص ٤٥٩ ح ٤٦ . الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ٢٠٨ ح ٤١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٤ ح ١ .

أقول : قد روى في الكافي^(١) عن ابن راشد عن أبيه : قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام قال : لا يجامع الرجل امرأته ولا جاريته وفي البيت صبي ، فإن ذلك مما يورث الزنا ، وهو ظاهر في الكراهة كالحرمة اللهم إلا أن يقال : إنّه لا منافاة بين نفي البأس الدال على الجواز والكراهة .

وروى في الكافي^(٢) عن عبد الرحمن بن أبي نجران عمن رواه عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا أتى الرجل جاريته ثم أراد أن يأتي الأخرى توضأ ، وفيه دلالة على استحباب الوضوء في هذا الحال .

وروى الراوندي سعيد بن هبة الله في كتاب الخرائج والجراح^(٣) عن الحسن ابن أبي العلاء قال : دخل على أبي عبد الله عليه السلام رجل من أهل خراسان فقال : إن فلاناً بن فلان بعث معي بجارية وأمرني أن أدفعها إليك ، قال : لا حاجة لي فيها إننا أهل بيت لا تدخل الدنس بيوتنا ، قال : لقد أخبرني أنها ربيبة حجره ، قال : لا خير فيها ، فإنها قد أفسدت ، قال : لا أعلم لي بهذا ، قال : أعلم أنه كذا .

وعن أبي عبد الله عليه السلام^(٤) أنه دخل عليه رجل من أهل خراسان ، فقال عليه السلام : ما فعل فلان ؟ قال : لا أعلم لي به ، قال : أنا أخبرك به ، بعث معك بجارية لا حاجة فيها ، قال : ولم ؟ قال : لأنك لم تراقب الله فيها حيث عملت ما عملت ليلة نهر بلخ ، فسكت الرجل ، وعلم أنه أعلم بأمر عرفه .

قال في الوسائل بعد نقل هذين الخبرين : وروى الراوندي والمفيد والطبرسي والصدوق وغيرهم أحاديث كبيرة في هذا المعنى ، وأنه أرسل إليهم عليه السلام بهدايا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٩٩ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤١٤ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٩٤ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٩ ب ٨٤ ح ٢ ولم نعثر عليه في الكافي .

(٣) الخرائج ص ٢٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ١ .

(٤) الخرائج ص ٢٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ٢ .

وجوار زنا بهن^(١) الرسل ، فأخبروا بالحال ، وردوا الجواري^(٢).

وظاهر صاحب الوسائل عموم هذا الحكم لغيرهم عليه السلام أيضاً فقال : باب كراهة وطئ الجارية الزانية بالملك وتملكها وقبول هبتها ، والظاهر بعده ، فإن ظاهر الخبر الأول هو اختصاص هذا الحكم بهم عليه السلام لقوله عليه السلام وإنا أهل بيت لا ندخل الدنس بيوتنا ، لا أنه عام لغيرهم ، مع ما عرفت من الأخبار المتكاثرة الدالة على جواز تزويج الزانية ، والمتعة بها ، وإمساك امرأته التي يعلم أنها ترني ، وجوازه في الحرية - خصوصاً الزوجة - يقتضي ثبوته في الأمة بطريق أولى كما لا يخفى. وروى في الكافي^(٣) عن جعفر بن يحيى الخزازي عن بعض أصحابنا عن أحدهما عليه السلام قال : قلت له : اشتريت جارية من غير رشدة ، فوقعت مني كل موقع ، فقال : سل عن أمها لمن كانت ، فسله يحلل الفاعل بأمرها ما فعل ليطيب الولد. أقول : قد تقدم في باب الرضاع أخبار عديدة نظير هذا الخبر في الاسترضاع ممن ولادتها من الزنا .

ومنها رواية إسحاق بن عمار^(٤) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن غلام لي وثب على جارية لي فأحبها فولدت ، واحتجنا إلى لبنها فإن أحللت لهما ما صنعنا أيطيب اللبن ؟ قال : نعم .

وقد صرح جملة من الأصحاب بالأعراض عنها ، وارتكبوا التأويل فيها بالحمل على ما إذا كانت الأمة قد تزوجت بدون إذن مولاه ، فإن الأولى له إجازة العقد ليطيب اللبن ، مستندين إلى أن إحلال ما مضى من الزنا لا يرفع إثمه ، ولا يرفع حكمه ، فكيف يطيّب لبنه ، وهذه المناقشة تجري في هذا الخبر أيضاً إلا أنها

(١) الخرائج ص ٢٩٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥٦٠ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٠ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ٤٣ ح ٦ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٩ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨٥

غير ملتفت إليها ، فإنه اجتهد في مقابلة النصوص ، واستبعاد محض بل جرأة على أهل الخصوص .

وروى الشيخ ^(١) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : أيما رجل وقع على وليدة قوم حراماً ثم اشتراها فادعى ولدها ، فإنه لا يورث منه ، فإن رسول الله ﷺ قال : الولد للفراش وللعاهر الحجر ، ولا يورث ولد الزنا إلا رجل يدعى ابن وليدته ، وهو محمول على كون الشراء وقع بعد تحقق الولد كما هو ظاهر الخبر المذكور .

و عن أبي بصير ^(٢) قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : نهى رسول الله ﷺ أن يقال للإماء يابنت كذا وكذا ، وقال : لكل قوم نكاح .

أقول : فيه دلالة على عدم جواز قذف أصحاب الممل والأديان والظعن في أنسابهم بما خالف مقتضى شريعتنا إذا كان سائغاً في شرايعهم ، وعليه تدل جملة من الأخبار .

منها ما رواه في التهذيب ^(٣) عن عبد الله بن سنان في الحسن : قذف رجل رجلاً مجوسياً عند أبي عبد الله عليه السلام فقال : مه ، فقال الرجل : إنه ينكح أمه واخته ، فقال : ذاك عندهم نكاح في دينهم ،

وعن أبي بصير ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : كل قوم يعرفون النكاح من السفاح فنكاحهم جائز ، إلى غير ذلك من الأخبار .

(١) الكافي ج ٧ ص ١٦٣ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٠٧ ح ٤٠ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٦٦ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٢ ح ٩٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥٧٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٨٦ ح ١٦٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٥ ح ١١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٨٨ ح ٣ .

وروى في الكافي ^(١) عن أبي شبل قال ، قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل مسلم ابتلى ففجر بجارية أخيه ، فما توبته ؟ قال : يأتيه فيخبره ويسأله أن يجعله من ذلك في حل ولا يعود ، قال : قلت : فإن لم يجعله من ذلك في حل ؟ قال : قد لقي الله وهو زان خائن ، الحديث .

والأصحاب قد صرحوا في هذا الموضع بأنه في صورة طلب التحليل والبراءة منه يعرض له ويكنى ولا يصرح ، لما فيه من إثارة العداوة ومزيد الشحنة ، والخبر كما ترى بخلافه .

وعن سليمان بن صالح ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الرجل ينكح جارية امرأته ، ثم يسألها أن تجعله في حل فتأبى ، فيقول : إذا لأطلقنك ويجتنب فراشها فتجعله في حل ، فقال : هذا غاصب ، فأين هو من اللطف .

و عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ^(٣) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل تصب عليه جارية امرأته إذا اغتسل ومسحه بالدهن ؟ قال : يستحل ذلك من مولاتها ، قال : قلت : إذا أحلت له هل يحل له ما مضى ؟ قال : نعم ، الحديث .

أقول : وهذا الخبر من قبيل ما تقدم من مرسلات الخراعي وأخبار الرضا .

وعن محمد بن مسلم ^(٤) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام : في امرأة الرجل يكون لها الخادم قد فجرت فتحتاج إلى لبنها ؟ قال : مرها ، فلتحللها يطيب اللبن .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٦٩ ح ٩ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٨ ح ٥٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٠ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٠٣ ح ٣٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٩ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٢ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٣ ح ١ .

وعن جميل بن دراج^(١) عن بعض أصحابه عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل كانت له مملوكة فولدت من فجور فكره مولاهما أن ترضع له مخافة أن لا يكون ذلك جائزاً له ، فقال أبو عبد الله عليه السلام : فحلل خادمك من ذلك حتى يطيب اللبن . » أقول : وهذان الخبران من الأخبار المشار إليها آنفاً في الدلالة على مادكت عليه رواية إسحاق بن عمار المتقدمة .

و روى في الكافي^(٢) عن عبد الله بن سنان في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : لا يجوز للعبد تحرير ولا تزويج ولا إعطاء من ماله إلا بأذن مولاه . » وعن منصور بن حازم^(٣) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في مملوك تزوج بغير إذن مولاه ، أعاصي الله ؟ قال : عاصي لمولاه ، قلت : حرام هو ؟ قال : ما أزعيم أنه حرام ، وقل له أن لا يفعل إلا بأذن مولاه . »

وعن معاوية بن وهب^(٤) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في رجل كاتب على نفسه وماله وله أمة وقد شرط عليه أن لا يتزوج ، فأعتق الأمة وتزوجها ؟ قال : لا يصلح له أن يحدث في ماله إلا الأكلة من الطعام ونكاحه فاسد مردوده الحديث . » أقول : في هذه الأخبار دلالة على ما هو المختار كما قدمنا ذكره في كتاب البع من القول بأن العبد يملك ولكن التصرف محجور عليه إلا بإذن المولى ، وظاهر هذه الأخبار بعسب ضم بعضها إلى بعض هو أن نكاحه بغير إذن المولى وإجازته باطل وإن لم يكن حراماً يستحق عليه العقاب ، ويشير إليه قول الباقر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٠ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٤٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٧٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٢ ح ٢ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٦ ، التهذيب ج ٨ ص ٢٦٩ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص

٥٢٢ ح ٣ .

عليه السلام في حسنة زراة المتقدمة ^(١) في المسألة الاولى من المطلب الأول في الرد على العامة القائلين ببطلان النكاح وأنه لا يكون موقوفاً على الاجازة، أنه لم يعص الله، وإنما عصى سيده فإذا أجازره فهو جائز.

و روى الشيخ ^(٢) عن مسعدة بن زياد قال: قال أبو عبد الله عليه السلام: تحرم من الاماء عشرة: لا تجمع بين الام والبنت، ولا بين الاختين، ولا أمتك وهي حامل من غيرك حتى تضع، ولا أمتك ولها زوج، ولا أمتك وهي عمتك من الرضاعة، ولا أمتك وهي خالتك من الرضاعة، ولا أمتك وهي اختك من الرضاعة، ولا أمتك وهي ابنة اختك من الرضاعة، ولا أمتك وهي في عدة، ولا أمتك ولك فيها شريك. وعن مسمع كروين ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال أمير المؤمنين عليه السلام: عشرة لا يحل نكاحهن ولا غشيانهن: أمتك أمها أمتك، وأمتك اختها أمتك، وأمتك وهي عمتك من الرضاعة، وأمتك وهي خالتك من الرضاعة، وأمتك وهي اختك من الرضاعة، وأمتك وقد أرضعتك، وأمتك وقد وطئت حتى تستبرئ بحیضة، وأمتك وهي حامل من غيرك، وأمتك وهي على سوم من مشتر، وأمتك ولها زوج وهي تحته.

و روى في كتاب مكارم الأخلاق ^(٤) عن الحسين بن المختار رفعه «إن سلمان تزوج امرأة غنية، فدخل فإذا البيت فيه الفراش، فقال: إن بيتكم لمحرّم، إن قد تحولت فيه الكعبة، قال: فإذا جارية محتمة، فقال: لمن هذه؟

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٥١ ح ٦٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٠ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٣ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٦ ح ٤، الخصال ج ٢ ص ٤٣٨ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٦ ح ١.

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٩٨ ح ٢، الوسائل ج ١٤ ص ٥١٧ ح ٢.

(٤) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٢.

فقالوا : لفلانة امرأتك ، قال : من اتخذ جارية لا يأتيتها ثم أتت محرماً كان وزر ذلك عليه .

وعن الصادق عليه السلام^(١) « من اتخذ جارية فليأتها في كل أربعين يوماً مرة .
وعنه عليه السلام^(٢) « قال : إذا أتى الرجل جاريته ثم أراد أن يأتي
الآخرى توضأ » .

أقول : في الخبر الثاني دلالة على كراهة ترك الجارية بغير وطء بعد
الأربعين يوماً .

ونقل في كتاب البحار^(٣) عن نوادر الراوندي بإسناده عن موسى بن جعفر
عن آبائه عليه السلام « قال : قال علي عليه السلام : إذا تزوج الرجل حرة وأمة في عقد واحد ،
فنكاحهما باطل » .

وبهذا الاسناد^(٤) « قال : قال علي عليه السلام : إذا تزوج الحر أمة فإنها تخدم
أهلها نهاراً ، وتأتي زوجها ليلاً ، وعليه النفقة إذا فعلوا ذلك ، فإن حالوا بينه
وبينها ليلاً فلا نفقة » والله أعلم بحقائق أحكامه .

(١) و(٢) مكارم الأخلاق ص ٢٣٧ ، البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٢ ح ٢٣ و ٢٤ .

(٣) و(٤) البحار ج ١٠٣ ص ٣٤٤ ح ٣٤ و ٣٥ .

الفصل الخامس

فيما يلحق بالنكاح

وفيه مقاصد : الاول فيما يرد به النكاح ، والكلام فيه يقع في مطالب ثلاثة :
 الاول : في العيوب ، وهي إما في الرجل أو المرأة ، فهنا مقامان :
 الاول : في عيوب الرجل ، وهي على المشهور بين الأصحاب أربعة : الجنون ،
 والخصاء ، والعنن ، والجب . و تردد في الشرايع في الرابع ثم قال : والأشبه
 تسليطها على الفسخ ، ونقل عن ابن البر " أج في المذهب أنه ذهب إلى اشتراك الرجل
 المرأة في كون كل من الجنون والجذام والبرص والعمى موجباً للخيار في النكاح .
 وكذلك ابن الجنيدي وزاد العرج و الزنا ، و ظاهر شيخنا الشهيد الثاني في
 المسالك الميل إلى عد الجذام والبرص في عيوب الرجل حيث قال - بعد نقل
 قول ابن البر " أج و ابن الجنيدي - : و دليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح ، أما
 فيهما ففي غاية الجودة ، لصحيحة الحلبي ، ثم ساق الرواية ، وسيأتي ذكرها ونقل
 كلامه الذي على أثرها ، و بيان ما فيه .
 إذا عرفت ذلك فاعلم أنه لا بد من الكلام في كل واحد واحد من هذه
 الأمور المذكورة .

(ومنها الجنون) قال في المسالك : لاختلاف في كون الجنون من عيوب
 الرجل المعجزة لفسخ المرأة النكاح في الجملة ، ثم إذا كان مقدماً على العقد أو
 مقارناً له ثبت لها به الفسخ مطلقاً سواء كان مطبقاً أم دوّاراً ، وسواء عقل أو فاق
 الصلاة أم لا ، وإن كان متجديداً بعد العقد سواء كان قد وطأ أم لا ، فإن كان لا يعرف
 أوقات الصلاة فلها الفسخ أيضاً ، وإن عقل حينئذ فأكثر المتقدمين كالشيخ وأتباعه
 على عدم الفسخ ، والأقوى عدم اشتراطه لعدم وجود دليل يفيد التقييد ، و تناول

الجنون بإطلاقه لجميع أقسامه ، فإن الجنون فنون ، والجامع بينها فساد العقل كيف اتفق ، إنتهى .

ونقل عن ابن حزم أنه أطلق أن الجنون الموجب للخيار في الرجل والمرأة هو الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة ، وهو يشمل المتقدم منه والمتجدد ، والمشهور في كلام الأصحاب أنهم لم يقيّدوا الجنون بهذا القيد إلا في المتجدد بعد العقد . قال في المسالك : وكيف كان فلا دليل على اعتبار ذلك ، وإن كان مشهوراً . أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار هنا ما رواه المشايخ الثلاثة ^(١) عن علي ابن أبي حمزة قال : سئل أبو إبراهيم عليه السلام عن المرأة يكون لها زوج ، وقد أصيب في عقله بعد ما تزوجها أو عرض له جنون ، فقال لها : أن تنزع نفسها منه إن شاءت ، .

قال في الفقيه ^(٢) بعد أن أورد هذه الرواية : وروي في خبر آخر أنه «إن بلغ به الجنون مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما ، وإن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه ، فقد ابتليت» .

قال السيد السند في شرح النافع بعد نقل ذلك : وكأن هذه الرواية مستند ابن حزم ومن قال بمقالته ، لكنّها مرسلة ، ثم طعن في الرواية الأولى بأن راويها علي بن أبي حمزة ، وهو أحد عمد الواقفة ، فلا تنهض روايته حجة في إثبات الأحكام الشرعية .

أقول : الظاهر أن الرواية التي أشار إليها الصدوق إنما هي ما صرح به الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(٣) حيث قال عليه السلام : «إذا تزوج رجل فأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة فرق بينهما ، فإن عرف

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٩ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٤ .

(٣) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٧ ح ١ و ٣ .

أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه فقد ابتليت .

وقد عرفت مما تقدم سيما في كتب العبادات نقل الصدوق - رحمه الله عليه - وأبيه في الرسالة عبارات هذا الكتاب والافتاء بها وإن كان نقله هنا إنما هو بطريق الرواية ، وأبوه في الرسالة قد أفتى بهذه العبارة بعينها ، على ما نقله في المختلف ^(١) ولم أقف في هذا الحكم إلا على هذين الخبرين .

ويمكن الجمع بينهما بتقييد إطلاق رواية علي بن أبي حمزة ^(٢) بما ذكره ^(٣) في كتاب الفقه .

ثم إن ظاهر كلامه ^(٤) في كتاب الفقه هو أن الجنون بعد العقد ، وأن التفصيل بكونه إن كان لا يعقل أوقات الصلاة فلها الفسخ وإن عقل فلافسخ إنما هو في صورة ما إذا كان الجنون بعد العقد ، وطأ أم لا ، وهو على هذا دليل لقول الشيخ ومن تبعه ، ولا يصلح لأن يكون دليلاً لابن حمزة ، لأن كلامه ^(٥) أعم من المتقدم على العقد والمتأخر عنه ، وإن كانت العبارة التي نقلها الصدوق - رحمه الله عليه - ^(٦)

(١) حيث قال : وظاهر كلام علي بن بابويه ذل ، فإنه قال : إذا تزوج رجل وأصابه بعد ذلك جنون فبلغ به مبلغاً لا يعرف أوقات الصلاة ففرق بينها ، وأن عرف أوقات الصلاة فلتصبر المرأة معه ، فقد ابتليت . انتهى ، وهي عين عبارة كتاب الفقيه كما ترى .

(منه - قدس سره -) .

(٢) فإنها مطلقة بالنسبة الى عقل أوقات الصلاة وعدمه ، وكلامه - عليه السلام - في كتاب الفقه مفصل ، فيحمل إطلاق الخبر المذكور على التفصيل الي في كلامه - عليه السلام - كما هو القاعدة المقررة في أمثال ذلك . (منه - قدس سره -) .

(٣) الظاهر أن الصدوق بنى في عبارته التي نقلها في الرواية على ما تضمنه الخبر الذي قبلها من فرض الجنون بعدما تزوجها ، فأطلق في نقلها الرواية اعتماداً على ذلك ، فكأنه قال : وروى في خبر آخر أنه مع ظهور الجنون بعد التزويج أن بلغ به الجنون . . . الى آخره ، واللفظ الذي نقله عنه لفظ الكتاب كلمة كلمة ، وعبارة أبيه في الرسالة كما عرفت من نقل

مطلقة، ولهذا إن السيد في شرح النافع جعلها دليلاً له ، إلا أن الظاهر كما عرفت أن كلام الصدوق - رحمه الله عليه - إنما هو مأخوذ من كلامه عليه السلام في كتاب الفقه، وإن أجمل في التعبير عنه، وعبارة الكتاب صريحة في المتأخر عن العقد كما عرفت، و ظاهر رواية علي بن أبي حمزة أيضاً أن الجنون إنما هو بعد العقد لقوله عليه السلام « وقد أصيب في عقله بعد ما تزوجها » .

وعلى هذا فمورد روايات المسألة إنما هو المتجدد بعد العقد، والظاهر أن الوجه فيه هو عدم صحة النكاح لو فرض الجنون قبل العقد، إلا أن يكون الجنون أدواراً وعقد في حال الصحة، أو قلنا بجواز تزويج الولي له . وكيف كان فإن ما ذكره الأصحاب من العموم أو الإطلاق في المسألة لما قبل العقد أو قارنه أو تأخر عنه لا دليل عليه ، بل الموجود في الأدلة إنما هو المتأخر خاصة ، والظاهر أن معتمد المتأخرين بعد الطعن في أخبار المسألة بالضعف إنما هو الاتفاق والاجماع إن ثبت .

وفي المسالك استدلال على الحكم المذكور بصحيفة الحلبي^(١) عن الصادق عليه السلام قال : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل ، قال : و هو شامل لما قبل العقد و بعده ، ولما يعقل معه أوقات الصلاة وغيره ، ثم نقل رواية علي بن أبي حمزة ، ثم قال : وهي صريحة في المتجدد شاملة بإطلاقها لما قبل الدخول و بعده ، ثم قال : لكن في طريقها ضعف ، ومعدة الأمر على الاتفاق على كون الجنون عيباً مطلقاً مع عدم وجود دليل مخصص ، انتهى .

أقول : ما ذكره من الاستدلال على هذا الحكم بصحيفة الحلبي محل نظر . أما (أولاً) فلأن المتبادر من قوله « إنما يرد النكاح » إنما هو تسلط الزوج

المختلف إنما هي عبارة الكتاب من أولها إلى آخرها ، وبالجمله فإنه لا ريب في كون تلك الرواية هي كلامه - عليه السلام - في كتاب الفقه . (منه - قدس سره -) . الفقه الرضوي ص ٢٣٧ .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ب ١ ح ٦ .

على الفسخ إذا ظهر بالزوجة أحد هذه العيوب لأنَّ النكاح إنما يستند إلى الزوجة ، فيكون ردّه من قبل الزوج .

وأما (ثانياً) فلأنَّ الكليني والصدوق - رحمة الله عليهما - قد رويا هذه الرواية بالاشتغال على السؤال عن عيوب المرأة ، والشيخ قد أسقط السؤال ، واقتصر على مجرد الجواب .

وهذه صورة الرواية بنقل الشيخين المذكورين : عن الحلبي^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ، ولم يبينوا له ، قال : لا تردّ إنما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قلت : أرايت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحلّ من فرجها ، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها .

ونقلها شيخنا المجلسي في كتاب البحار^(٢) عن الحسين بن سعيد في كتابه عن ابن أبي عمير عن حماد بن عثمان عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام أنه قال في الرجل : يتزوج إلى قوم ، الحديث كما نقله الشيخان المذكوران .

وبالجملة فإنَّ من يقول بهذا الاصطلاح المحدث لا دليل عنده لهذا الحكم إلا ما يتشبثون به من الإجماع الذي قد عرفت في غير مقام ما فيه من النزاع ، ولهذا إنَّ السيد السند في شرح النافع قال : والمسألة قوية الاشكال ، لا تتواءم ما يعتمد عليه من النص فيها ، فإن ثبت فيها إجماع على أن الجنون مطلقاً أو على بعض الوجوه موجب للخيار : وجب المصير إليه ، وإلا فالأمر كما ترى .

وأما من لا يقول به - كما هو الحق - التحقيق بالاتباع ، وإن كان في هذه الأزمان قليل الاتباع - فالأمر واضح ، والعمل على الرايتين المذكورتين ، إلا

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٥ .

(٢) البحار ج ١٠٣ ص ٣٦٤ ح ١٨ مع اختلاف يسير .

أنّ موردّهما كما عرفت إنّما هو الجنون المتجدد بعد العقد أعّم من أن يكون قد وطأ أم لا .

بقي شيء ، وهو أنّه هل يقتصر فسخ المرأة في المتجدد إلى طلاق أم لا ؟
ظاهر الشيخ في النهاية الأول حيث قال : فإن حدث بالرجل جنّة يعقل معها
أوقات الصلاة لم يكن لها اختيار ، وإن لم يعقل أوقات الصلاة كان لها الخيار ،
فإن اختارت فراقه كان على وليّه أن يطلقها ، وكذا قال ابن البرّاج في المذهب
وابن زهرة وابن إدريس لم يذكر الطلاق .

قال في المختلف : والوجه أنّه لا يقتصر إلى طلاق ، سواء تجدد بعد الدخول
أو قبله كغيره من العيوب ، إنتهى .

أقول : أنت خير بأنّ الروايتين الواردتين في المسألة لادلالة فيهما على
الطلاق بوجه ، بل ظاهر رواية علي بن أبي حمزة وقوله فيها دلها أن تنزع نفسها
منه إن شاءت ، إنّما هو الفسخ خاصّة وأن الاختيار لها ، فأيتهما اختارت مضى ،
وعبارة كتاب الفقه وإن كانت مجملة إلّا أنّ الظاهر حملها على هذه الرواية
لصراحتها في الفسخ ، وبالجمله فالظاهر ضعف القول المذكور .

(ومنها الخصاء) وهو بكسر الخاء المعجمة : المرسل الانثيين ، قاله الجوهري ،
وفي كتاب المصباح المنير للفيثومي : خصيت العبد وأخصيته خصاء بالكسر والمدّ
سللت خصيته ، فهو فعيل بمعنى مفعول ، قيل : والحق به الوجاء ، وهو رضّ
الخصيتين بحيث تبطل قوتهما .

وفي القاموس : أنّه بمعنى الخصاء .

وقال في المسالك : والوجاء بالكسر والمدّ أيضاً هو رضّ الخصيتين بحيث
تبطل قوتهما ، قيل : إنّ من أفراد الخصاء ، فيتناوله لفظه ، إنتهى .

وعدّ الخصاء من عيوب الرجل هو المشهور بين الأصحاب ، وبدلّ عليه

جملة من الأخبار .

منها مارواه المشايخ الثلاثة ^(١) في الموثق عن عبدالله بن بكير عن أبيه عن أحدهما عليه السلام « في خصي دكس نفسه لامرأة مسلمة فتزوجها ، قال : فقال : يفرق بينهما إن شاءت المرأة ، ويوجع رأسه ، وإن رضيت به وأقامت معه لم يكن لها بعد رضاها به أن تأباه » .

ومارواه في الكافي والتهذيب ^(٢) عن سماعة في الموثق عن أبي عبدالله عليه السلام « أن خصياً دكس نفسه لامرأة ، قال : يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ، ويوجع ظهره كما دكس نفسه » .

ومارواه في التهذيب ^(٣) عن عبدالله بن مسكان في الصحيح « قال : بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت : سله عن خصي دكس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصياً ، قال : يفرق بينهما ويوجع ظهره ويكون لها المهر بدخوله عليها » .

ومارواه الحميري في كتاب قرب الاسناد ^(٤) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام « قال : سألت عن خصي دكس نفسه لامرأة ، ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره ، و يفرق بينهما وعليه المهر كاملاً إن دخل بها وإن لم يدخل بها فعليه نصف المهر » .

وقال الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(٥) « وإن تزوجها خصي فدكس نفسه لها وهي لا تعلم فرق بينهما ، ويوجع ظهره كما دكس نفسه ، وعليه نصف الصداق ولا عدة عليها منه ، فإن رضيت بذلك لم يفرق بينهما ، وليس لها الخيار بعد ذلك » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩٨ ح ٥٩ وفيه إختلاف يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٣ .

(٤) قرب الإسناد ص ١٠٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٥ .

(٥) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ ، وفيه « لم يفرق ما بينهما » .

وبهذه العبارة بعينها أفتى الشيخ علي بن بابويه في الرسالة على ما نقله عنه في المختلف^(١).
ومارواه الكشي في كتاب الرجال عن ابن مسكان^(٢) «أنه كتب إلى الصادق عليه السلام مع إبراهيم بن ميمون يسأله عن خصي دلس نفسه على امرأة، قال: يفرق بينهما ويوجع ظهره».

ونقل عن الشيخ في الخلاف والمبسوط أن الخشاء ليس بعيب، محتجاً بأن «الخصي» يولج ويبالغ أكثر من الفحل، وإنما لا ينزل وعدم الاتزال ليس بعيب. والعجب منه مع ورود هذه الأخبار ونقله لجملة منها في كتب الأخبار كيف يطرحها في معارضة هذا التعليل ويرجحها عليها. وبالجملة فإن الحكم بعد ورود هذه الأخبار مما لا ريب فيه.

بقي الكلام في الوجود فإن ثبت أنه داخل تحت الخشاء، وإلا فالتمسك بأصالة صحة العقد أقوى مستند في المقام، وبما ذكرناه أيضاً صرح السيد السند في شرح النافع.

(ومنها العنن) وقد عرفه المحقق في الشرايع بأنه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو بحيث يعجز عن الإيلاج.

قال في المسالك: والاسم العننة بالضم، ويقال للرجل إذا كان كذلك: عنين كسكين.

(١) قال في المختلف: وقال علي بن بابويه «وإن تزوجها خصي قد دلس نفسه لها وهي لا تعلم فرق بينهما ويوجع ظهره كما دلس نفسه، وعليه نصف الصداق ولا عدة عليها منه» وكذا قال الصدوق في المقنع.

أقول: وهذه العبارة عين عبارة كتاب الفقه المذكورة في الأصل، وبه يعلم صحة ما كررناه في غير مقام من اعتماد الصدوقين على هذا الكتاب والإفتاء بعبارته.

(منه - قدس سره -).

(٢) رجال الكشي ص ٢٤٣، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٧.

أقول: قال في القاموس: العنّين كسكين من لا يأتي النساء عجزاً، ولا يريدهن. وقال في كتاب مصباح المنير: رجل عنّين لا يقدر على إتيان النساء، ولا يشتهي النساء، وظاهره أنه لا بدّ في تحقيق العنّين من أمرين: أحدهما العجز عن إتيانهنّ، لضعف العضو و عدم قدرته عن الانتشار، و ثانيهما عدم إرادة القلبيّة بالكليّة، و ظاهر كلام الفقهاء إنّما هو الأول خاصّة كما عرفت من كلام المحقّق.

و كيف كان فإنّه قد أجمع الأصحاب على أنّه من العيوب الموجبة لتسلّط المرأة على الفسخ، وعليه تدلّ جملة من الأخبار.

منها ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: العنّين يترتّب به سنة، ثمّ إنّ شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت.

و ما رواه المشايخ الثلاثة ^(٢) عن عباد الضبّي وفي الفقيه والتّهذيبين غياث مكان عباد، عن أبي عبد الله عليه السلام قال في العنّين: إذا علم أنّه عنّين لا يأتي النساء فرق بينهما، فإذا وقع عليها وقعة واحدة لم يفرق بينهما والرجل لا يردّ من عيب. و ما رواه في الكافي ^(٣) عن أبي بصير في الصحيح، وهو المرادي بقرينة ابن مسكان عنه قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع، أتفارقه؟ قال: نعم إن شاءت، قال ابن مسكان: وفي حديث آخر تنتظر سنة، فإنّ أتاها وإلا فارقت، فإن أحببت أن تقيم معه فلتقم.

و ما رواه في الكافي والفقيه ^(٤) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قال

(١) التّهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٧، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٥.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤، التّهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٤، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ ح ١٠، التّهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٣، الفقيه ج ٣ ص ٣٥٨ ح ٦، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٤.

أمير المؤمنين عليه السلام من أتى امرأته مرة واحدة ثم أخذ عنها فلا خيار لها ، قال في الفقيه : وفي خبر آخر «أنه متى أقامت المرأة مع زوجها بعدما علمت أنه عتق ورضيت به لم يكن لها خيار بعد الرضا » .

ومارواه في التهذيب^(١) عن إسحاق بن عمار عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام كان يقول : إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار لتصبر فقد ابتليت » .

و عن أبي الصباح الكناني^(٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً ، أتفارقه ؟ قال : نعم إن شاءت » .
و عن الكناني^(٣) بهذا الإسناد وقال : إذا تزوج الرجل المرأة وهو لا يقدر على النساء أجل سنة حتى يعالج نفسه » .

و عن أبي البخري^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام كان يقول : يؤخر العتق سنة من يوم ترافعه امرأته ، فإن خلص إليها ، وإلا فرق بينهما ، فإن رضيت أن تقيم معه ثم طلبت الخيار بعد ذلك فقد سقط الخيار ولا خيار لها » .
ومارواه في كتاب قرب الإسناد^(٥) عن الحسين بن علوان عن جعفر بن محمد عن أبيه عليه السلام عن علي عليه السلام «أنه كان يقضي في العتق أنه يؤجل سنة من يوم مراعاة المرأة » .

و عن عبد الله بن الحسن^(٦) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال : سألت عن عتق دلس نفسه لامرأة ، ما حاله ؟ قال : عليه المهر ، ويفرق

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١٢ ح ٨ .

(٢) التهذيب ج . ظ ٩ ذ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١١ ح ٦ .

(٣) و (٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٩ و ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١١ ح ٧ و ٩ .

(٥) قرب الإسناد ص ٥٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١٢ ح ٩ .

(٦) قرب الإسناد ص ١٠٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١٢ ح ١٢ .

بينهما إذا علم أنه لا يأتي النساء .

وفي كتاب الفقه الرضوي^(١) قال **إِنَّمَا** «فإن تزوجها عتین و هي لاتعلم ، فإن علم أن فيه علة تصبر عليه حتى يعالج نفسه سنة ، فإن صلح فهي امرأته على النكاح الأول ، وإن لم يصلح فرق بينهما ، ولها نصف الصداق ، ولعدة عليها منه ، فإن رضيت بذلك لا يفرق بينهما ، وليس لها خيار بعد ذلك » .
أقول : ويفهم من هذه الأخبار بعد ضم بعضها إلى بعض بحمل مطلقها على مقيدها ومجملها على مفصلها امور :

الأول : إنه يجب تأجيله سنة بعد ظهور العنين ، وأن مبدأ ذلك من وقت المرافعة الى الحاكم الذي وقعت النزاع والدعوى بينهما ، وقد نقل الشهيد الثاني وقبله المحقق الشيخ علي الاتفاق على وجوب التأجيل سنة ، مع أن العلامة في المختلف نقل عن ابن الجنيد أنه إن كانت العنة متقدمة على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال ، وإن كانت حادثة بعد العقد اجل سنة من حين الترافع .
واحتمج^٢ له في المختلف برواية الضبي ورواية أبي الصباح الكناني ، والجواب عنهما بما ذكرناه من تقييد إطلاقهما بالأخبار الدالة على التأجيل ، وحمل المطلق على المقيّد .

وأجاب العلامة عنهما في المختلف بأن العلم إنمّا يحصل بعد السنة . قال :
ولو قدر حصوله قبلها فالأقوى ما قاله ابن الجنيد .

أقول : الظاهر من الأخبار أن التأجيل سنة ليس لأن العلم به لا يحصل إلا بعد السنة كما ذكره ، بل إنمّا هو لاحتمال زواله بالمعالجة ونحوها وإلا فهو قد ثبت بأحد الامور الآتية في ثبوته من العجز عن وطء النساء ، أو القيام في الماء البارد ونحوهما مما سيأتي ، ولكن الشارع لأجل التوسعة عليه ضرب له هذه المدة للمعالجة كما تضمنه خبر الكناني الثاني ، وسيأتي إن شاء الله ما يدل

(١) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، الطبعة الأولى سنة ١٤٠٦ هـ ، وفيه اختلاف يسير .

على ما ذكرناه .

الثاني : إنّه له تجدد بعد وطئها و لومرة واحدة فإنّه لا فسخ لها ، فلتصبر فإنّها قد ابتليت ، وهو أشهر القولين بين الأصحاب ، و ذهب الشيخ المفيد و جماعة إلى أن لها الفسخ أيضاً للاشتراك في الضرر الحاصل باليأس من الوطء ، وفيه طرح للأخبار المصراحة بالصبر لها و أنّها قد ابتليت كرواية إسحاق بن عمار ، و رواية الضبي ورواية السكوني .

وظاهره في المسالك الميل إلى القول الثاني لضعف الأخبار المذكورة ، لأنّ الجمع بين الأخبار بحمل المطلق على المقيّد فرع تحقّق المعارضة ، وهذه الأخبار تقتصر عن معارضة الأخبار المطلقة التي فيها الصحيح كصحيحة محمد بن مسلم ، قال : وتوقف في المختلف وله وجه ، إنتهى .

أقول : وسيأتي تمّة الكلام في هذا المقام في المطلب الآتي في أحكام الميوب إن شاء الله تعالى .

الثالث : لورضية المرأة بالزوج بعد العلم بالعنن فإنّه لا خيار لها ، والظاهر أنّه لا خلاف فيه .

الرابع : الظاهر من الأخبار المتقدمة أنّ العنن الموجب للفسخ هو عدم إمكان إتيانه النساء ، سواء كانت هي أو غيرها ، فلو عجز عنها مع إمكان إتيانه غيرها لم يسمّ عنيّناً ، فإنّ قوله في رواية الضبي « إذا علم أنّه لا يأتي النساء ، فرق بينهما » و قوله في رواية أبي بصير « ابتلى زوجها فلم يقدر على الجماع » ظاهر فيما قلناه ، ونحوهما غيرهما .

ويظهر من عبارة الشيخ المفيد المتقدمة أنّ المعتبر في صدق العنن و عدمه إنّما هو بالنسبة إلى الزوجة ، ولا عبرة بغيرها ، حيث قال : فإن وصل إليها ولو مرة واحدة فهو أملك بها ، وإن لم يصل إليها في السنة كان لها الخيار ، ومفهومه

أنه لو لم يصل إليها وإن وصل إلى غيرها فإن لها الخيار ، وهو مشكل^(١).
و يمكن حمل كلامه على التمثيل ، بمعنى أنه إن أمكنه الوصول إلى من
يريد نكاحها من تلك المرأة أو غيرها ، والتعبير بها إنما وقع من حيث كونها
هي الزوجة المراد الدخول بها .

و الظاهر أنه لا وجه لهذا التقدير الذي بنى عليه الكلام من إمكان زوال
العن بالنسبة إلى امرأته دون أخرى ، فإن العن الذي هو عبارة عن المرض
المذكور إن وجد فإنه مانع مطلقاً ، وإن زال فهو يقدر على الجماع مطلقاً ،
و التعبير في الروايات إنما وقع بناءً على ذلك ، فربما عبر بالنساء مطلقاً ،
وربما عبر بالمرأة ، وهكذا من العبارات الخارجة من مخرج التمثيل دون الخصوصية
بفرد دون آخر .

الخامس : ما تضمنته رواية عبد الله بن الحسن المروية في كتاب قرب الاسناد
من وجوب المهر كلاً ، وكلامه في كتاب الفقه الرضوي من التخصيص بالنصف
لا يخلو من إشكال ، ومقتضى قواعد الأصحاب أنه إذا كان الفسخ من قبل المرأة
وكان قبل الدخول فإنه يسقط المهر ، إلا أنهم استثنوا العن في هذا المقام ، فقالوا :
بأنه ينتصف المهر بالفسخ كما دل عليه كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ، وعليه
تدل أيضاً صحيحة أبي حمزة^(٢) « قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إذا تزوج
الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجاً غيره ، فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل
بها - إلى أن قال : - فعلى الإمام أن يؤجله سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق
بينهما واعطيت نصف الصداق ، ولا عدة عليها » وهذه الرواية هي مستند الأصحاب

(١) أقول : قد ذكرنا هذه المسألة أيضاً في المطلب الثاني في أحكام العيوب فليراجع . (منه -
قدس سره .)

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ١٣٠ ح ١ .

في تصنيف المهر في هذه الصورة ونحوها كلامه ^(١) في كتاب الفقه .
وأما رواية قرب الاسناد الدالة على إعطاء المهر كمالاً فلا أعلم بها قائلاً ، إلا
أن المنقول عن ابن الجنيد أنه قال : إن المرأة إن اختارت الفسخ بعد تمكينها
إتياء من نفسها وجب المهر وإن لم يولج ، ويمكن جعل هذه الرواية مستنداً له ،
والعلامة في المختلف قد جعل كلام ابن الجنيد بناءً على أصله من قوله بوجوب
المهر بالخلوة ^(٢) ، مع أن هذه الرواية كما ترى ظاهرة فيه .

(ومنها الجب) والمشهور بين الأصحاب على وجه لم ينقل فيه أحد خلافاً
هو عد الجب من العيوب الموجبة للفسخ ، وإن تردد فيه المحقق في الشرايع ،
و الظاهر أن وجهه عدم ورود نص فيه بخصوصه ، كغيره من العيوب المتقدمة ،
وأن مقتضى العقد لزوم النكاح ، وفسخه يتوقف على دليل شرعي ، وليس فليس ،
ويمكن الاستدلال عليه بفحوى ما دل على ثبوت الخيار بالخصاء والعنن بخلاف
المجبوب الذي لم يبق له ما يمكنه به الوطء بالكليّة ، وبعضه إطلاق رواية
أبي الصباح الكنافي المتقدمة .

قال في المسالك : ويمكن إثباته من النصوص الدالة على حكم الخضاء فإنه
أقوى عيباً منه لقدرة الخصي على الجماع في الجملة ، بل قيل : إنه يصير أقوى من

(١) قال العلامة في المختلف : المشهور أن العنين يجب عليه نصف المهر مع فسخ المرأة
النكاح ، وقد نص عليه الصدوق في المقنع وأبوه والشيخ في النهاية وغيرهم ، وليس هنا
فسخ من قبل الزوجة يستعقب شيئاً من المهر سوى هذا ، والأصل فيه أترافه على غادها
وخلوته بها سنة ، وقال ابن الجنيد - رحمه الله عليه - : إذا اختارت الفرقة بعد تمكينها إتياء
من نفسها وجب المهر وإن لم يولج ، وهو بناء على أصله من أن المهر يجب بالخلوة كما يجب
بالدخول ، انتهى .

أقول : قد عرفت أن مستند القول بالتصنيف إنما هو صحيحة أبي حمزة ، وأما مذهب ابن
الجنيد فيمكن أن يكون مستنده رواية قرب الإسناد . (منه - قدس سره -) .

الفحل بواسطة عدم خروج المني منه ، و من ثم ذهب بعضهم إلى عدم كونه عيباً لذلك ، بخلاف المجبوب ، فإنه قد انتفى عنه القدرة على الجماع رأساً لعدم الآلة ، وكذلك استفادته من العنن لمشاركته له في المعنى وزيادة ، لأن العنن يمكن برؤه ، والمجبوب يستحيل ، ويمكن استفادته من عموم الأخبار كقوله في رواية أبي الصباح^(١) في امرأة ابتلى زوجها فلا يقدر على الجماع إلى آخره ، فإنه يشمل بإطلاقه المجبوب لأنه لا يقدر على الجماع مضافاً إلى لزوم الضرر بالمرأة على تقدير عدم إثبات الخيار لها ، و هو منفي ، و حينئذٍ فالمذهب كونه عيباً . انتهى وهو جيد .

ويؤكده أن الظاهر من جعل الشارع لها الخيار في المواضع المتقدمة إنما هو لرفع الضرر عنها ، ولهذا لورضيت سقط خيارها ، ولأريب في حصول الضرر في هذا الموضع ، بل هو أشد ضرراً من غيره كما ذكره شيخنا المذکور ، فيكون أولى بجعل الخيار لها فيه ، واشترط في الشرايع أن لا يبقى له ما يمكن معه الوطء ولو قدر الحشفة ، وهو كذلك لأن الوطء يصدق بذلك المقدار ويترتب عليه أحكامه من الفسل والمهر والحد ونحوها .

وبالجملة فالظاهر أنه عيب يثبت به الفسخ اتفاقاً ، هذا إذا كان ثابتاً قبل العقد . أما لو تجدد بعد العقد سواء كان قبل الوطء أو بعده ، فهل يكون الحكم فيه كذلك أم لا ، قولان ، وقد اضطرب هنا كلام الشيخ والعلامة في كتبهما ، فذهب الشيخ في المبسوط وابن البراج وجماعة إلى ثبوت الخيار متى وجد . واستدل عليه في المبسوط بالاجماع ، وعموم الأخبار ، مع أنه في موضع آخر من الكتاب المذکور ، قال : وعندنا لا يرد الرجل من عيب يحدث به إلا الجنون الذي لا يعقل معه أوقات الصلاة ، وقال المخالف : إذا حدث واحد من الأربع : الجنون والجذام والبرص والحب فلها الخيار ، وعندنا أنه لا خيار ، انتهى . و هو مشعر بدعوى الاجماع عليه مع ادعائه الاجماع في مقابله ، وهذا من

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦ .

جملة ما اتفق له في غير موضع من دعوى الاجتماع على حكم ، ودعواه في موضع آخر على خلافه ، وكذلك ذهب في الخلاف إلى عدم الخيار بالحادث ، وإليه ذهب ابن إدريس .

وأما العلامة فإنه في المختلف قوئى جواز الفسخ بالجب والخضاء والعنة ، وإن تجددت بعد الدخول ، وفي الارشاد قطع بعدم ثبوته بالمتجدد منها مطلقاً ، وكذا في التحرير ، ثم في موضع آخر منه قرّب جواز الفسخ بالمتجدد من الجب بعد الوطء وإبقاء الخضاء على الحكم الأول من عدم الفسخ بالمتجدد منه بعد العقد مطلقاً ، وفي العنة جوز بالمتجدد بعد العقد وقبل الدخول خاصة .

وفي القواعد جزم بالجاء المتجدد منه بعد العقد وقبل الوطء و تردد في المتجدد بعد الوطء و شرط في الخضاء سبقه على العقد ، ونسب الحكم في المتجدد إلى قول ، مشعراً بترده فيه ، وفي العنة شرط عدم الوطء .

والتحقيق في هذا المقام أن يقال : إنك قد عرفت أنه ليس في الأخبار ما يدل على حكم الجب بالكليّة ، وإنّما المرجع في حكمه إلى الأخبار المتقدمة في تلك الأفراد بالتقريب المتقدم ، وقد عرفت أن الظاهر من تلك الأخبار باعتبار ضم بعضها إلى بعض ، وحمل مطلقها على مقيدها ، ومجمّلها على مفصلها من غير التفات إلى صحيح منها أضعف هو أنه مع الدخول بها ولو مرة فلا فسخ ، والفسخ إنّما هو فيما عدا ذلك ، وحينئذ فيكون الحكم في الجب أيضاً كذلك ، ويأتي على القول الآخر المتقدم ذكره ثمة جواز الفسخ مطلقاً ، ولعله من هنا نشأ هذا الخلاف في هذه الصورة أيضاً .

(ومنها) الجذام والبرص والعمى ، وذهب إليه ابن البراء في المذهب ، وجعله مشتركا بين المرأة والرجل ، وقبله ابن الجنيّد أيضاً وزاد العرج والزنا .
قال في المسالك : ودليلهما في غير الجذام والبرص غير واضح ، أمّا فيهما ففي

غاية الجودة ، لصحيحة الحلبي^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قال : وهو متناول بإطلاقه للرجل والمرأة ، ولأن ثبوتها عيباً في المرأة مع أن الرجل وسيلة إلى التخلص منها بالطلاق يوجب كونها عيباً في الرجل بالنسبة إليها بطريق أولى ، لعدم قدرتها على التخلص لولا الخيار ، وحصول الضرر منه بالعدوى باتفاق الأطباء - إلى أن قال : - ويبقى الكلام في اعتبار سبقه على العقد والاكتفاء بالمتجدد منه مطلقاً أو قبل الدخول كما سبق في نظائره ، بل العموم هنا أولى لإطلاق النص الصحيح المتناول لجميع الأقسام ، انتهى .

وفيه أن ما استند إليه هنا من النص المذكور قد تقدم الجواب عنه وأن هذا النص ليس من محل البحث في شيء ، فإن مورد الخبر إنما هو عيوب النساء كما تقدم ذلك مشروحاً مبيناً في مسألة الفسح بالجنون ، ويؤيده ذكر العفل في جملة تلك العيوب ، فإنه مخصوص بالمرأة ، ومن نظر إلى روايتي الكليني والصدوق المشتملتين على السؤال عن عيوب المرأة ، وهو عليه السلام قد أجابه بما هو المذكور هنا علم أن الشيخ قد أسقط السؤال واقتصر على إيراد الجواب ، وهو معيب عند المحدثين كما ذكره جملة من المحققين ، لعروض مثل هذا الاشتباه هنا ، فإن هذا الجواب مبني على السؤال المذكور في صدر الخبر ، وإقطاعه عنه يوجب ما وقع فيه هذا المستدل هنا ، وكيف كان فإنه لا أقل أن يكون ما ذكرناه مساوياً لما قالوه للاحتمال ، وبه يبطل الاستدلال .

وأما الوجه العقلي الذي ذكره فقد عرفت في غير موضع مما تقدم أن هذه التعليقات العقلية لاتصلح لتأسيس الأحكام الشرعية ، لاستفاضة الآيات والروايات بالرجوع في الأحكام إلى الكتاب العزيز أو ماورد عنهم عليه السلام .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤ ، الرسائل ج ١٤ ص ٥٩٧

(ومنها) الزنا ، المشهور أنه ليس بعيب يرد به النكاح ، وقال ابن الجنيّد: الزنا قبل العقد وبعده يرد به النكاح ، فلو زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما ، وكذلك إن كان الزاني رجلاً فلم ترض المرأة فرق بينهما ، ووافقه الصدوق في المقنعة في الزوجة ، فقال في الكتاب المذكور : إذا زنت المرأة قبل دخول الرجل بها فرق بينهما ولا صداق لها ، لأنّ الحدث كان من قبلها ، لقول علي عليه السلام ^(١) « إذا زنت قبل أن يدخل بها زوجها ؟ قال : يفرق بينهما ولا صداق لها ، لأنّ الحدث كان من قبلها » .

أقول : لا ريب أنّ ما ذكره الصدوق وابن الجنيّد هنا قد دلّ عليه جملة من الأخبار المتقدمة في اللاحق الذي بعد المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة ، إلّا أنّه قد دلّت صحيحة رفاة المذكورة ثمة على خلاف ما دلّت عليه تلك الروايات ، وبهذه الصحيحة أفتى الصدوق في علل الشرايع ^(٢) مع أنّه قد أفتى في المقنعة كما عرفت بالأخبار الدالة على الفسخ ، وهو غريب منه . وبالجملة فإنّ ظاهر الأصحاب الاعراض عن تلك الروايات وعدم العمل بها ، وقد تقدم تحقيق الكلام في هذا المقام في مواضع ، منها في المسألة الخامسة من مسائل لواحق المذكورة في آخر الفصل الثاني فليراجع ذلك من أحب .

(ومنها) ما لو ظهر كون الزوج خنثى ^(٣) قيل : لها الفسخ ، وهو قول الشيخ في المبسوط في موضعين منه ، قال في أحدهما : ولو أصابته خنثى وقد ثبت أنّه رجل فهل لها الخيار ؟ على قولين : أحدهما أنّ لها الخيار وهو الأقوى ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٩٠ ح ١٧٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٧٩ ح ٧ ، علل الشرائع ص ٥٠٢ ط النجف الأشرف ، الوسائل ج ١٨ ص ٣٥٩ ح ٨ .

(٣) أي المرأة وجبت الزوج خنثى . (منه - قدس سره -) .

وفي موضع ثالث أنه ليس بعيب وإنما هو بمنزلة الاصبع الزائدة ، وهذا هو الأقوى ، وكذا لوظهرت المرأة خنثى ، لأن الزائد فيها كالاصبع الزائدة .

أقول : والأظهر أن يقال ، بالنسبة إلى الرجل كالثقب الزائدة ، لا كالاصبع كما ذكره ، وإنما التشبيه بالاصبع لمن حكم بكونها امرأة .

قال في المسالك : وموضع الخلاف ما إذا كان محكوماً له بالذكورية ، أو الأنوثة ، أمالو كان مشكلاً تبين فساد النكاح ، وبذلك صرح الشيخ في المبسوط بأنه صرح بكون الخلاف في الخنثى الواضح ، لأنه قال في الموضعين المشار إليهما آنفاً : لو بان خنثى وحكم بأنه ذكر هل لها الخيار أم لا ؟ واختار العلامة في المختلف عدم الخيار لما ذكره الشيخ من التعليل بأن هذه الزيادة كالاصبع الزائدة ، قال : ولواجه للخيار مع إمكان الوطء وثبوت الرجولية ، وقال في المسالك : وجه الخيار مع وضوحه^(١) وجود النفرة منه ، وكون العلامات ظنية لا تدفع الشبهة ، والانحراف الطبيعي .

أقول : وبمقتضى هذا التقرير أنه لوظهر كون الزوج امرأة والزوجة رجلاً بالعلامات التي يستعلم بها الواضح بطل العقد ، وكذا لوظهر كونه خنثى مشكلاً بطل أيضاً ، ولم أقف في هذه المسألة على نص يدل على ما ذكره من ثبوت الخيار للمرأة لوظهر كون زوجها خنثى وقد حكم بكونه رجلاً شرعاً ، والمرجل لوظهر كون زوجته خنثى قد حكم شرعاً بكونها امرأة ، إلا أن حديث دينار الخصى^(٢) المشتمل على عد الأضلاع ، وأن أمير المؤمنين عليه السلام ألحق تلك الخنثى بالرجل لما كانت أضلاعها مثل أضلاع الرجال ، يدل على بطلان النكاح لوظهر كون الخنثى

(١) قوله « مع وضوحه » يعني فرض كونه خنثى واضحاً لا خنثى مشكلاً فإنه مع كونه مشكلاً يبطل النكاح . (منه - قدس سره -) .

(٢) التهذيب ج ٩ ص ٣٥٤ ح ٥ ، الفقيه ج ٤ ص ٢٣٩ ح ٤ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٧٥ ح

التي كانت زوجة - رجلاً ، ويأتي مثله في الزوج إذا كان خنثى ، وظهر كونه امرأة بالعلامات المنصوبة من الشارع ، وهو ممثلاً لإشكال فيه كما صرح به الأصحاب ، وأما موضع البحث فلم أقف فيه على نص .

(ومنها) ما لو انتمى الرجل إلى قبيلة فزوجوه بناءً على ذلك ، فظهر خلاف ما ادعاه ، فهل للمرأة الخيار أم لا ؟ قولان : وقد تقدم الكلام في هذه المسألة في المسألة السادسة من مسائل لواحق العقد المذكورة في آخر الفصل الثاني ، فلا حاجة إلى إعادته .

المقام الثاني : في عيوب المرأة ، وهي على المشهور في كلامهم سبعة : الجنون والجذام والبرص والقرن والافضاء والعمى والاقعاد ، وفي العرج أقوال ، يأتي ذكرها إن شاء الله تعالى ، وعدّ الصدوق في المقنعة من عيوب المرأة الموجبة للفسخ ما إذا زنت المرأة قبل دخول الزوج بها ، وعدّ ابن الجنيّد مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد وبعده ، وعدّ ابن الجنيّد مطلق الزنا من الرجل والمرأة قبل العقد وبعده ، وعدّ المفيد وجماعة المحدودة في الزنا ، بل الظاهر أنّه المشهور بين المتقدمين على ما نقله في المسالك ، والمشهور بين المتأخرين عدم عدّ ذلك ، والواجب أدلّة نقل ما وصل إلينا من الأخبار المتعلقة بالمقام ، ثمّ الكلام فيها بتوفيق الملك العلام وبركة أهل الذكر عليه السلام .

الأول : مارواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن أبي عبد الله عليه السلام وقال : سألت عن رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ، ولم يبيتوا له ، قال : يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعقل .

الثاني : مارواه الشيخ والصدوق ^(٢) في الصحيح أو الحسن عن الحلبيّ عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ وص ٥٩٧ ح ٥ .

أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في رجل تزوج إلى قوم فأذا امرأته عوراء ، ولم يبينوا له ، قال : لا ترد ، إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل ، قلت : أرايت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحل من فرجها ، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها » .

الثالث : مارواه الشيخ في التهذيب ^(١) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إنما يرد النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل » .

الرابع : مارواه عن زيد الشحام ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : ترد البرصاء والمجنونة والمجذومة ، قلت : العوراء ؟ قال : لا » .

الخامس : مارواه في الكافي والتهذيب ^(٣) عن رفاعه « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن المحدود والمحدودة هل ترد من النكاح ؟ قال : لا ، قال رفاعه : ومسألته عن البرصاء ؟ قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليها وهي برصاء أن لها المهر بما استحل من فرجها ، وأن المهر على الذي زوجها ، وإنما صار المهر عليه لأنه دلها ، ولو أن رجلاً تزوج امرأة وزوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها » ^(٤) .

السادس : عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله ^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال في الرجل إذا

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١٠ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٨ . التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢ .

(٤) أقول : وروى ابن إدريس في مستطرقات السرائر الرواية من كتاب البزنطي عن الحلبي « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام - عن البرصاء ، قال : قضى أمير المؤمنين - عليه السلام - في امرأة زوجها وليها ، الحديث كما في الأصل . (منه - قدس سره -) .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ٢ .

تزوج المرأة فوجد بها قرناً وهو العفل أو يياضاً أو جذاماً أنه يردها مالم يدخل بها.
السابع: عن الحذائي^(١) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة من وليتها فوجد بها عيباً بعد ما دخل بها ، قال : فقال : إذا دكست العفلاء نفسها والبرصاء والمجنونة والمفضاة وما كان بها من زمانة ظاهرة ، فإنها تردت على أهلها من غير طلاق ، ويأخذ الزوج المهر من وليتها الذي كان دكسها ، فإن لم يكن وليتها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه ، وتردت إلى أهلها ، قال : وإن أصاب الزوج شيئاً مما أخذت منه فهو له ، وإن لم يصب شيئاً فلا شيء له ، قال : وتعتد منه عدة المطلقة إن كان قد دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة ولا مهر » .

الثامن : ما رواه في الكافي^(٢) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : المرأة تردت من أربعة أشياء من البرص والجذام والجنون والقرن وهو العفل مالم يقع عليها فإذا وقع عليها فلا » .

التاسع : ما رواه في الكافي و الفقيه^(٣) عن الحسن بن صالح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً ، قال : هذه لا تجبل وينقبض زوجها عن مجامعتها تردت على أهلها ، قلت : فإن كان دخل بها ؟ قال : إن كان علم بها قبل أن يجامعتها جامعها فقد رضي بها ، وإن لم يعلم بها إلا بعدما جامعها ، فإن شاء بعد أمسكها ، وإن شاء سرحها إلى أهلها ، ولها ما أخذت منه بما استحلت من فرجها » .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٩ ح ٣ .

العاشر : مارواه في الكافي^(١) عن أبي الصباح الكناني في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فوجد بها قرناً قال : فقال : هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها ، يردها على أهلها صاغرة ولا مهر لها ، قلت : فإن كان دخل بها ؟ قال : إن كان علم بذلك قبل أن ينكحها يعني المجامعة ثم جامعها فقد رضي بها ، وإن لم يعلم إلا بعدما جامعها ، فإن شاء بعد أمسك وإن شاء طلق »
الحادي عشر : مارواه الشيخ^(٢) في الصحيح عن داود بن سرحان عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يتزوج المرأة فيؤتي بها عمياء أو برصاء أو عرجاء ، قال : ترد على وليتها ، ويكون لها المهر على وليتها . فإن كان بها زمانة لا يراها الرجال اجيز شهادة النساء عليها » .

الثاني عشر : مارواه في التهذيب^(٣) عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام « قال : ترد البرصاء والعمياء والعرجاء » وزاد في الفقيه : الجذماء .
الثالث عشر : مارواه في التهذيب^(٤) عن غياث بن إبراهيم عن جعفر عن أبيه عن علي عليه السلام « في رجل تزوج امرأة فوجد بها برصاء أو جذماء ، قال : إن كان لم يدخل بها ولم يبين له فإن شاء طلق ، وإن شاء أمسك ، ولا صداق لها وإذا دخل بها فهي امرأته » .

الرابع عشر : مارواه في التهذيب^(٥) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله « قال : سألت

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٤ ح ١٢ و ٧ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٥٥ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ و ص ٤٤٨ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤ ، وما في المصادر إختلاف يسير مع ما نقله - قدس سره - .

أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فعلم بعدما تزوجها أنها قد كانت زنت ، قال :
إن شاء زوجها أخذ الصداق ممتن زوجه ، ولها الصداق بما استحل من فرجها ،
وإن شاء تركها ، قال : و ترد المرأة من العقل والبرص والجذام والجنون فأما
ماسوى ذلك فلا .

الخامس عشر: ما رواه في التهذيب^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر
عليه السلام أنه قال : في كتاب علي عليه السلام : من تزوج امرأة فيها عيب دلسته ولم يبين
ذلك لزوجها فإنه يكون لها الصداق بما استحل من فرجها ، ويكون الذي ساق
الرجل إليها على الذي زوجها ولم يبين .

السادس عشر : ما ذكره الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٢) قال : وإن
تزوج رجل بامرأة فوجدها قرناء أو عقلاء أو برصاء أو مجنونة ، إذا كان بها ظاهراً
كان له أن يردها على أهلها بغير طلاق ، ويرجع الزوج على وليها بما أصدقها
إن كان أعطاها شيئاً ، فإن لم يكن أعطاها شيئاً فلا شيء عليه .
إذا عرفت ذلك فاعلم أن الكلام هنا يقع في مواضع .

الاول : لاختلاف نصاً وفتوى في أن الجنون الذي هو عبارة عن فساد العقل
من العيوب الموجبة للفسخ وإطلاق النصوص يقتضي الفسخ به متى تحقق ، بأي
سبب كان ، وعلى أي وجه كان دائماً أو أدواراً ، عقل معه أوقات الصلوات أو لم
يعقل ، وكذا إطلاق فتاوى الأصحاب على ما صرح به غير واحد منهم - رضي
الله عنهم - ، نعم يشترط استقراره ، فلا عبرة بعروض زوال العقل وقتاً ثم يعود ،
لعدم صدق الجنون عرفاً على من كان كذلك .

وكذا الجذام متفق عليه نصاً وفتوى ، إلا أنه لا يحكم به إلا بعد تحققه
بتناثر اللحم وسقوط بعض الأطراف كالأنف ، وذلك لأن الجذم بالفتح بمعنى القطع ،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٧ .

(٢) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٢ ب ١ ح ٨ .

وإنما سمّي مجذوماً لذلك .

قال في كتاب المصباح المنير^(١) - بعد أن ذكر أن الجذم مصدر من باب ضرب بمعنى القطع - ما لفظه : و منه يقال : جذم الانسان بالبناء للمفعول إذا أصابه الجذام ، لأنه يقطع اللحم و يسقطه وهو مجذوم ، إنتهى .

وأما مع ظهور علاماته قبل أن يتحقق من ضيق النفس و بحة الصوت و كمود العينين إلى حمرة ، ونحو ذلك ، فإنه يرجع فيه إلى أهل الخبرة من الأطباء ، قالوا : ويشترط فيهم العدالة والتعدد والذكورة كثيرها من الشهادات أو الشياخ المتأخمين للعلم ، وبدون ذلك يتمسك بأصالة لزوم العقد .

وكذا لا خلاف في البرص نصاً وفتوى ، والذي ذكره جملة من الأصحاب ، وبه صرح في القاموس^(٢) أنه بياض يظهر في ظاهر البدن لفساد مزاج . وقال المحقق في الشرايع هو البياض الذي يظهر على صفحة البدن لغلبة البلغم . وقال في المسالك : و البرص مرض معروف يحدث في البدن يغيّر لونه إلى السواد أو إلى البياض ، لأن سببه قد يكون غلبة السوداء فيحدث الأسود ، وقد يكون غلبة البلغم فيحدث الأبيض .

وقال في كتاب مجمع البحرين^(٣) : البرص لون مختلط حمرة وبياضاً أو غيرهما . ولا يحصل إلا من فساد المزاج وخلل في الطبيعة .

أقول : والمفهوم من دعاء أمير المؤمنين عليه السلام على أنس لما شهد بخبر الغدير فدعا عليه ببياض لا تواريه العمامة ، أن البرص هو البياض . وكيف كان فإنه لا يحكم به إلا بعد تحققه كالجذام .

قال في المسالك : فإنه يشتبه بالبهق في القسمين والسبين ، قال : والفرق

(١) المصباح المنير ص ١٣٠ .

(٢) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٩٥ .

(٣) مجمع البحرين ج ٤ ص ١٦٣ .

بينهما أن البرص يكون غايصاً في الجلد واللحم ، والبهق يكون في سطح الجلد خاصة ليس له غرز و قد يتميزان بأن يغرز فيه الابرة ، فإن خرج منه دم فهو بهق ، وإن خرج منه رطوبة بيضاء فهو برص ، إنتهى .

وبالجملة فإنه مع اشتباه الحال يرجع فيه إلى أرباب الخبرة بذلك حسبما تقدم في الجذام .

الثاني : قد دلّ الحديث الأول على أن من جملة تلك العيوب العفل ، وكذا في الخبر الثاني والثالث والسابع والرابع عشر ، وفي بعضها ذكر عوضه «القرن» كالخبر التاسع والعاشر والخامس عشر ، وفي بعضها فسّر أحدهما كما في الخبر السادس والثامن ، و به يزول الاشكال من البين ، و كلام أهل اللغة قد اختلف في الاتحاد والتغاير ، و باختلافه اختلف كلام الفقهاء أيضاً .

قال في كتاب المصباح المنير^(١) : عقلت المرأة عفاً من باب تعب إذا خرج من فرجها شيء يشبه أدرة الرجل فهي عفلاء وزان حمراء ، والاسم العفلة مثل قصبه . و قال ابن الأعرابي^(٢) : العفل لحم ينبت في قبل المرأة وهو القرن ، قالوا : ولا يكون العفل في البكر ، وإنما يصيب المرأة بعد الولادة ، وقيل : هي المتلاحمة أيضاً ، وقيل هو ورم يكون بين مسلكي المرأة فيقبض فرجها حتى يمنع الايلاج ، إنتهى . وقال في مادة قرن : والقرن مثل فلس أيضاً العفلة ، وهو لحم ينبت في الفرج في مدخل الذكر كالغدة الغليظة ، وقد يكون عظماً ، ثم نقل عن الأصمعي أنه سمّي قرناً لأنه اقترن مع الذكر خارج الفرج ، إنتهى .

وقال في القاموس^(٣) : العفل والعفلة محركتين شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة كالأدرة للرجال ولم يذكر القرن .

(١) لم نعثر عليه في المصباح المنير .

(٢) تاج العروس ج ٨ ص ٢٤ .

(٣) القاموس المحيط ج ٤ ص ١٨ .

وقال في النهاية الأثيرية^(١): القرن بسكون الراء شيء يكون في فرج امرأة كالسن^٢ يمنع من الوطء يقال له العقل .
و قريب منه قال الجوهري^(٣)، إلا أنه قال في موضع آخر : العقل شيء يخرج من قبل النساء وحياء الناقة شبيه بالادرة التي للرجل .
ونقل عن ابن دريد في الجوهرة^(٣) أن القرناء هي المرأة التي يخرج قرنة من رحمها، قال : والاسم القرن وضبطه منحر كأ مفتوحاً ، وقال في العقل : إنه غلط في الرحم .

أقول : وكلام أكثرهم يدل على اتحاد العقل والقرن ، ولكنه مختلف في أنه هل هو عبارة عن شيء يخرج من قبل المرأة إلى خارج القبل ، و يكون كالادرة للرجال ، والادرة على ما ذكره وزان غرفة انتفاخ الخصيتين ، أو أنه عبارة عن عظم كالسن يكون في باطن القبل يمنع من الوطء أو أنه لحم ينبت في باطن القبل ، وعلى كل تقدير فإن النصوص قد دلت على أنه عيب يجوز الفسخ به ، فبأي معنى كان من هذه المعاني فإن الفسخ به جائز ، لدوران الحكم مدار هذا الاسم بأي معنى كان ، والظاهر من جملة من الأخبار المتقدمة هو أنه لا يمنع الجماع وإن كان يعسر كالخبر الثاني لقوله «أرأيت إن كان قد دخل بها ، إلى أن قال «لها المهر بما استحل من فرجها» مع عده العقل في جملة تلك العيوب وكذا مفهوم الخبر السادس لقوله «يردها ما لم يدخل بها» وصريح الخبر الثامن ، وكذا التاسع ، وعدم الرد مع الدخول بهامحمول على الدخول مع العلم بالعيب، فإنه دال على الرضاء بها فليس له الفسخ حينئذ كما صرح به في الخبر التاسع ونحوه الخبر العاشر .

(١) النهاية الأثيرية ج ٤ ص ٥٤ .

(٢) الصحاح ج ٥ ص ٧٦٩ .

(٣) جوهرة اللغة ج ٢ ص ٤٠٨ .

وهذه الأخبار كلها دالة على إمكان المجامعة مع عده عيباً يفسخ به، والأصحاب قد اختلفوا في ذلك بعد اتفاقهم على أن "المانع عيب يتخير في الفسخ به . فالمشهور وهو الذي قطع به الشيخ عدم الخيار به لعدم المقتضي له ، فإن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطء الذي هو أهم المطالب من التزويج ، وظاهر المحقق في الشرايع الميل إلى ثبوت الخيار به ، وقوفاً على ظاهر النصص الدالة على عده عيباً أعم من أن يمكن معه الوطء أم لا ، ولسم أقف على قائل صريح بذلك ، وعبارة المحقق بقوله « ولو قيل بالفسخ » تشر بأنه لا قائل بذلك . قال في المسالك : وهذا القول قوي إن لم يكن الإجماع على خلافه إذ لا يظهر به قائل صريحاً كما يظهر من عبارة المصنف ، انتهى .

أقول : العجب منهم - رحمه الله عليهم - في استنادهم في الخيار إلى إطلاق الأخبار مع أن ما ذكرنا من الأخبار مع كثرتها مطابقة الدلالة على إمكان النكاح معه مع عده عيباً يوجب الخيار .

وبالجملة فالظاهر من الأخبار هو ثبوت الخيار به ، وإن أمكن الوطء ، وما ذكره من التعليل العقلي بأن الخيار إنما نشأ من حيث المنع من الوطء ممنوع ، فإنها علة مستنبطة لدلالة في شيء من الأخبار عليها ، ولعل العلة إنما هو نفرة الزوج من ذلك أو عدم الجبل أو عسر مجامعتها كما يشير إليه الخبر التاسع والعاشر ، وكيف كان فإن هذا التعليل في مقابلة ما ذكرناه من الأخبار على لا يلتفت إليه .

الثالث : أكثر الأخبار المتقدمة خالية من عد العرج في جملة عيوب المرأة ، وإنما تضمنته الخبر الحادي عشر والثاني عشر مع تضمن جملة منها الحصر في الأربعة المشهورة وهي : الجذام والبرص والجنون والعقل ، ويؤكد قوله في الخبر الرابع عشر بعد عد الأربعة المذكورة « فأما ما سوى ذلك فلا » ومن هنا اختلف كلمة الأصحاب في ذلك على أقوال عديدة :

(أحدها) عده مطلقاً وهو قول الشيخين في الفقيه والتهذيب والمفئدة وابن الجنيد وأبي الصلاح وأكثر الأصحاب للخبرين المذكورين .
(وثانيها) ثبوته بشرط كونه بيتناً، ذهب إليه العلامة في المختلف والتحرير، ونقله عن ابن إدريس ، واستدل عليه بالروايتين المذكورتين .

وأنت خير بأنه لادلالة فيهما على هذا القيد، والعجب أن العلامة نسب هذا القول إلى الشيخ في النهاية و التهذيب مع أن الشيخ لم يقيده بذلك ، والمتبادر من لفظ البيت ما كان ظاهراً في الحسن وإن لم يبلغ حداً يمنع من التردد إلا بمشقة كثيرة، وهذا هو المتبادر من لفظ العرج ، وحينئذ فيرجع القولان إلى قول واحد، وإن اريد هنا معنى آخر فلا عرف له دليلاً .

(ثالثها) تقييده ببلوغ حد الإقعاد، وهو قول المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد والارشاد ، وأنت خير بما فيه ، فإن هذا لا يسمى عرجاً لغة ولا عرفاً . قال في المسالك : وكأن الحامل لهم على هذا التقييد أمران : أحدهما : استبعاد كون مطلق العرج عيباً موجباً للخيار خصوصاً مع وقوع الخلاف فيه ، وحصول الشك في خروج العقد من اللزوم إلى الجواز ، ومعارضة صحيحة الحلبي السابقة الدالة على عدم الرد بغيرها ذكر فيها من العيوب .

و الثاني : ورود كون الزمانة عيباً في صحيحة داود بن سرحان ، فإن ظاهرها أن الرد منوط بالزمانة عملاً بمفهوم الشرط وكذا رواية أبي عبيدة السالفة، فيجب حمل المطلق على المقيّد ، ثم قال : وفيه نظر ، لأن مفهوم الزمانة أمر آخر غير المفهوم من العرج ، ومقتضى النصوص كون كل واحد منهما عيباً برأسه ، وليس ذلك من باب المطلق والمقيّد في شيء ، بل الظاهر أن الزمانة أمر خفي لا يطلع عليه الرجال ، والعرج ليس كذلك ، وسيأتي النقل عن الصدوق - رحمه الله عليه - أنه جعلهما أمرين وأثبت الخيار بالزمانة دون العرج ، واستبعاد كون العرج عيباً مطلقاً غير مسموع بعد ورود النص الصحيح ، والشك في خروج

العقد من اللزوم منتفٍ بعد ورود النص، وعمل أكثر الأصحاب. إنتهى، وهو جيد، ومنه يعلم ضعف القول المذكور، وأنه بمحل من القصور.

(ورابعها) عدم عده عيباً مطلقاً، وهو الظاهر من كلام الشيخ في المبسوط والخلاف حيث إنّه لم يعده في عيوب المرأة، وكذا ابن البرّاج في المهذب، وهو ظاهر الصدوق في المقنع حيث إنّه لم يعده في عيوب المرأة، وإنّما نُسبه إلى الرواية، فقال: واعلم أن النكاح لا يردّ إلّا من أربعة أشياء: من البرص والجذام والجنون والعفل، إلّا أنّه روي في الحديث أن العمياء والعرجاء تردّ.

أقول: والمسألة عندي لا تخلو من الاشكال لدلالة الخبرين المذكورين على عده من العيوب، ومفهوم الحصر في تلك الأخبار الدالّ على العدم المؤكّد بقوله في بعضها «وأما ما سوى ذلك فلا».

فإن قيل: هنا أشياء أخرى خارجة عن الأربعة المذكورة قد وردت بها النصوص أيضاً وقال بها جملة من الأصحاب، قلنا: ما ذكرناه في العرج يجري فيها أيضاً.

وأما ما أجاب به في المسالك حيث نقل عن أصحاب هذا القول الاحتجاج بأصالة لزوم العقد، وظاهر الحصر في صحيحة الحلبي في قوله «إلّا» إنّما يردّ النكاح من البرص والجذام والجنون والعفل، ثمّ قال: ولا يخفى ضعف الدليلين، فإنّ الأصل قد عدل عنه بما ثبت في النصوص الصحيحة من الخيار فيه، وفي غيره من العيوب، والحصر في الرواية غير مراد، لخروج كثير من العيوب عنها، وإثبات الاختيار حينئذٍ بدليل خارجي لبشاركه العرج فيه، والكليني رواها عن الحلبي مجردة عن أداة الحصر وهو أوضح، إنتهى.

ففيه أن الحصر ليس مخصوصاً بالرواية التي ذكرها وهي الرواية الثالثة، بل هو موجود في الرواية الثانية أيضاً، وأظهر منها ما في الرواية الرابعة عشر من قوله «إلّا» بعد عدّ الأربعة المذكورة «وأما ما سوى ذلك فلا» وحينئذٍ فكيف

لا يكون الحصر مراداً في تلك الأخبار مع صراحة هذه الرواية في أنه لا ترد فيما سوى هذه الأربعة .

وبذلك يظهر لك بقاء الاشكال فيما ذكرناه بالنسبة إلى هذه الأربعة وما زيد عليها من عرج وغيره ، فإن مقتضى هذه الروايات هو انحصار العيب في هذه الأربعة ، ومقتضى ماورد في غير هذه الأخبار موجودة في مواضع اخر . وكيف كان فالظاهر ترجيح ما ذكره من العمل بالأخبار في كل فرد وردت به ، إلا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف ، ولعل روايات أحد الطرفين إنما خرجت مخرج التقيّة .

الرابع : قد تضمنت الرواية السابعة عدّ الافضاء في جملة عيوب المرأة ، وقد تقدم ذكر معناه ، وهو أحد السبعة التي ذكرها الأصحاب كما تقدم ذكره ، وهو مما لا إشكال ولا خلاف فيه عندهم فيما أعلم مع أنه زائد على الأربعة المتقدمة ، وتضمنت أيضاً « من بها زمانة » وكذا الرواية الحادية عشر .

والزمانة على ما ذكره في القاموس^(١) العاهة ، وقال في كتاب المصباح المنير^(٢) : زمن الشخص زمناً وزمانة ، فهو زمن من باب تعب ، وهو مرض يدوم زمناً طويلاً . ولم يعد له الأصحاب هنا من عيوب المرأة سوى الصدوق في المقنعة فإنه قال : من تزوج امرأة فوجدها قراءاً أو عفاءً أو برصاً أو مجنونة أو كان بها زمانة ظاهرة كان له أن يردها على أهلها بغير طلاق ، وإنما ذكر أكثرهم الاقعاد ، مع أنه لا وجود له في الأخبار ، إلا أن جملة ممّن تأخّر استدكوا له بصدق الزمانة عليه ، فإنها بكل من التفسيرين المذكورين صادقة على المقعد ، ويؤيده أنه قد تقدم دلالة الأخبار على عدّ العرج في العيوب ، والاقعاد أسوأ حالاً منه فيكون عيباً البتّة .

(١) القاموس المحيط ج ٤ ص ٢٣٢ .

(٢) المصباح المنير ص ٣٤٨ .

وبالجملة فالأقرب بعده بالتقريب المذكور، وقد تقدم أنه أحد السبعة المشهورة

في كلامهم .

الخامس : قد عدوا من جملة السبعة المشهورة العمى أيضاً ، ويدل عليه الخبر الحادي عشر والثاني عشر ، وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط أنه ليس بعيب ، فإنه عدّ عيوب المرأة ستة ، ثم قال : وفي أصحابنا من ألحق بها العمى ، وكونها محدودة في الزنا ، والظاهر هو المشهور لما عرفت من دلالة الخبرين المذكورين عليه .
السادس : قد عدّ بعضهم الرق من جملة العيوب الموجبة للخيار ، ونسبه المحقق في الشرايع إلى لفظ قيل مؤذناً ، بتمريضه لعدم وجوده في النصوص ، وإن كان الاعتزاز بالنظر إلى ما تقدم في الأخبار يساعده ، ولهذا قال في الشرايع : وربما كان صواباً إن منع الوطء أصلاً ، لفوات الاستمتاع .
والرق على ما ذكره أهل اللغة : إلتهام الفرج على وجه لا يمكن دخول الذكر فيه .

قال في كتاب المصباح المنير^(١) : رقت المرأة رتقاً من باب تعب فهي رتقاء ، إذا انسدت مدخل الذكر من فرجها ولا يستطاع جماعها .
وفي القاموس^(٢) : امرأة رتقاء : يئس الرق لا يستطاع جماعها ، أو لا خرق لها إلا المبال خاصة . ونحوه كلام الجوهر في الصحاح^(٣) .

وفسره العلامة في القواعد بأنه عبارة عن كون الفرج ملتصقاً بحيث لا يكون فيه مدخل للذكر ، وهذا هو الموافق لما ذكره أهل اللغة ، ولكنه قال في السرائر : إن الرق لحم ينبت في الفرج يمنع دخول الذكر ، وعلى هذا يكون مراداً للعقل بأحد معانيه المتقدمة .

(١) المصباح المنير ص ٢٩٧ .

(٢) القاموس المحيط ج ٣ ص ٢٣٥ .

(٣) الصحاح ج ٤ ص ١٤٨٠ .

والظاهر أنه إلى هذا أشار في المسالك بقوله : وذكر بعضهم أن الرق مرادف للقرن والعقل ، وأن الثلاثة بمعنى واحد ، فعلى هذا يكون داخلاً في النص ، ثم إنّه على تقدير تفسيره بالمعنى المشهور فإنّه وإن كان لم يرد به نص بخصوصه إلا أنّه يمكن استفادة حكمه من الخبر التاسع والخبر العاشر ، وقوله فيهما « هذه لا تحبل ولا يقدر زوجها على مجامعتها يردّها على أهلها » فإنّه بمنزلة التعليل لجواز الردّ بالنسبة إلى المسؤول عنه في الرأيتين فيتعدى إلى كل موضع وجدت فيه العلة المذكورة .

قال في المسالك : وما قيده به من كونه عيباً على تقدير منعه الوطء أصلاً هو المذهب ، لأنّه حينئذٍ يصير أولى بالحكم من القرن والعقل اللذين لا يوجبان انسداد المحلّ أصلاً مع اشتراكهما في العلة الموجبة للفسخ وهو فوات الاستمتاع ، فجري مجرى فوات المنفعة فيما يطلب بالعقد منفعة . إنتهى وهو جيّد .

السابع : عدّ الشيخ المفيد في عيوب النساء المحدودة في الفجور ، وبه قال سائر دابن البرّاج وابن الجنيّد وأبو الصلاح وقطب الدين الكيدري ، وعدّ الصدوق في المقنعة المرأة إذا زنت قبل الدخول بها فإنّه يفرق بينهما ولا صداق لها ، لأنّ الحدث كان من قبلها .

وقال الشيخ في النهاية : المحدودة في الزنا لا تردّ وكذلك التي كانت قد زنت قبل العقد ، فليس للرجل ردها ، إلا أن يرجع على وليّها بالمهر وليس له فراقها إلا بالطلاق ، وقال ابن إدريس : الذي يقوى في نفسي أن المحدودة لا تردّ بل يرجع على وليّها بالمهر إذا كان عالماً بدخله أمرها ، فإن أراد فراقها طلقها . إنتهى ، وهو يرجع إلى كلام الشيخ في النهاية وهو المشهور بين المتأخّرين . ونقل عن الشيخ المفيد أنّه احتجّ باشتماله على العاد فكان موجِباً للتسلّط على الفسخ وبالرواية الرابعة عشر ، والظاهر أن بناء الاستدلال بها على أن قوله

«إن شاء زوجها أخذ الصداق ممن زوّجها، ولها الصداق بما استحلّ من فرجها» وهو كناية عن المفارقة بقرينة المقابلة بقوله «وإن شاء تركها» وحاصل الجواب أنّه يتخيّر بين فراقها فيأخذ الصداق ممن زوّجها، وبين إمساكها وتركها على حالها، والشيخ قد أجاب عن هذه الرواية فقال: «إنّ هذا لا ينافي ما قدمناه من أنّه ليس الردّ بمجرد الفسق لأنّه قال: إذا علم بها أنّها كانت قد زنت كان له الرجوع على وليّها بالصداق، ولم يقل أنّ له ردها، ولا يمنع أن يكون له استرجاع الصداق وإن لم يكن له ردّ العقد، لأنّ أحد الحكمين منفصل عن الآخر، وظاهر من تأخّر عنه الجمود على هذا الجواب، ولا يخفى ما فيه، فإنّ ما ادعاه من إمساكها مع أخذ الصداق ممّا لا يوافق أصولهم وقواعدهم، وكأنّه على هذا حمل قوله «وإن شاء تركها» على ترك أخذ المهر وإلّا فلا معنى لهذا الكلام على تقدير حمله المذكور.

وبالجملة فالظاهر من الرواية إنّما هو التخيير بين فراقها وإمساكها، لكنّه عبّر عن فراقها بلازمه الذي هو استرجاع المهر ممن زوّجها ولا معنى لقوله «وإن شاء تركها» إلّا على هذا الوجه، على أنّه قد اعترضه في المختلف في هذا الجواب أيضاً فقال: إذا ثبت هذا ففي إيجاب المهر على الولي مع عدم كونه عيباً كما اختاره الشيخ وابن إدريس إشكال، ينشأ من أنّ التضمن إنّما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فإن كان عيباً كان له الفسخ، وإن لم يكن فلا، وحاصله أنّ وجوب الضمان إنّما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج، فلو لم يكن عيباً فإنّه لا ضمان، ومتى كان عيباً يوجب الضمان فإنّه يوجب الفسخ أيضاً.

وبالجملة فإنّه لا معنى للرواية إلّا ما ذكرناه على أنّه قد تقدم جملة من الأخبار الدالة على ما دلّ عليه هذا الخبر في اللاحق الذي بعد المقام الثاني في الزنا من المطلب الثالث فيما يحرم بالمصاهرة، وتقدم ما يعارضها، والأصحاب قد

أعرضوا عن العمل بتلك الأخبار ، لمعارضتها بما هو أكثر عدداً وأقوى سنداً كما تقدم تحقيقه في الموضع المذكور ، مع أن هذه الرواية لا تنطبق على القول المذكور ، لأن مواردها المحدودة في الزنا لا مطلق الزانية ، والرواية إنما اشتملت على الثاني دون الأول ، والمنقول عن أصحاب القول المذكور إنما هو التعليل العقلي ، وهو الأول ، والاستدلال لهم بالرواية إنما وقع من العلامة في المختلف بناءً على قاعدته من تكلف الأدلة لما ينقله من الأقوال .

قال شيخنا في المسالك - ونعم ما قال - : ومنها المحدودة في الزنا ، ذهب أكثر قدماء الأصحاب إلى أنه يجوز للزوج فسخ نكاحها لأن ذلك من الأمور الفاحشة التي يكرها الأزواج ، ونفور النفوس منه أقوى من نحو العمى والعرج ، ولزوم العار العظيم به يقتضي كون نكاحه ضرراً عظيماً ، وللرواية السابقة ، وفيها مع قصور الدلالة عن جواز الرد ، عدم دلالتها على محل النزاع ، ومن ثم ذهب المتأخرون إلى أن ذلك كله ليس بعيب يجوز الفسخ ، والطلاق بيد الزوج لجبر ما يشاء من الضرر والمشقة بتحملها ، وللشيخ قول آخر بعدم الفسخ ، لكن يرجع الزوج بالمهر على وليها العالم بحالها ، عملاً بمدلول الرواية ، ورده في المختلف بأن الضمان إنما هو باعتبار تدليس العيب على الزوج ، فإن كان عيباً أوجب الفسخ ، وإلا لم يجب المهر . انتهى وهو جيد وجيه .

و بالجملة فإنه لا دليل على ما نقله الشيخ المفيد ومن تبعه إلا هذا الوجه العقلي الاعتباري ، فإن الروايات خالية منه ، وما نقل عن الصدوق - رحمه الله عليه - من مطلق الزنا ، فقد تقدم الكلام فيه مشروحاً في الموضع المشار إليه آنفاً .

المطلب الثاني : في أحكام العيوب ، وفيه مسائل :

الأولى : عيوب المرأة المبيحة للفسخ إما أن تكون متقدمة على العقد أو متجددة بعده وقبل الدخول أو متأخرة عن الدخول ، والظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في الفسخ في المتقدم على العقد ، وعدم الفسخ في المتأخر عن الدخول .

أما الأول فالأنثى مورد النصوص المتكاثرة المتقدمة .

وأما الثاني فإنه قال في المسالك : لا خيار في هذه الصورة اتفاقاً على ما يظهر من المصنف وغيره لجريان الدخول مجرى التصرف المانع من الرد بالعيب، وسبق لزوم العقد فيستصحب، وصحيفة عبدالرحمن بن أبي عبدالله^(١) عن أبي عبدالله عليه السلام قال : المرأة ترد من أربعة أشياء : من البرص والجذام والجنون والقرن ما لم يقع عليها، فإذا وقع عليها فلا، وهي شاملة بإطلاقها لوقوعه عليها قبل وجود العيب وبعده، إنتهى .

وربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط أن العيب الحادث بعد الدخول يثبت به الفسخ كما نقله عنه في المسالك، وبالجمله فالعمدة عندهم الاستدلال على عدم الفسخ مع تأخر العيب عن الدخول هو الإجماع المدعى مع ظاهر إطلاق الخبر المذكور .

أقول : والتمسك بأصالة لزوم العقد حتى يقوم دليل على تطرق الفسخ إليه أقوى متمسك في المقام، ومحل الخلاف في هذا المقام إنما هو تجديد العيب بعد العقد وقبل الدخول، وفيه قولان :

(أحدهما) ثبوت الفسخ، ذهب إليه الشيخ في المبسوط والخلاف متمسكاً بإطلاق الأخبار المتقدمة الدالة على ثبوت الفسخ بهذه العيوب أعم من أن تكون موجودة قبل العقد أو متجددة بعده .

(ثانيهما) عدم، واختاره ابن إدريس والمحقق في الشرايع والعلامة في جملة من كتبه، وهو المشهور بين المتأخرين، محتجين بأن العقد وقع لازماً فيستصحب، وبأن أمر النكاح مبني على الاحتياط فلا يتسلط على فسخه بأي سبب كان، وأجابوا عن الأخبار بأنها ليست صريحة في ذلك، بل ربما ظهر من

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١ .

أكثرها تعلق الحكم بالموجود قبل العقد فيجب التمسك فيما عداه بمقتضى العقد
اللازم، قال في المسالك: ولا بأس بهذا القول وإن كان القول الآخر لا يخلو من
قوة أيضاً.

وظاهر سبطه في شرح النافع اختيار هذا القول حيث قال - بعد الاحتجاج
عليه بنحو ما ذكرنا - : وهذا أقوى.

أقول: لا يخفى أن أكثر الروايات المتقدمة المشتملة على الأسئلة ظاهرة
في تقدم العيب على العقد مثل قوله في الخبر الأول والثاني^(١) : قال : سألت عن
رجل تزوج إلى قوم فإذا امرأته عوراء ، فإنه ظاهر في تقدم العور على العقد ،
لكن لما لم يكن العور من العيوب ، قال عليه السلام : « لا ترد » ولكن ترد من البرص والجذام
والجنون والعقل ، بمعنى أنها ترد لو كانت المرأة المسؤول عنها كذلك ، والمسؤول
عنها كما عرفت من كان العور متقدماً فيها على العقد ، وقوله في الخبر الخامس
« قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجه وليتها وهي برصاء ، وهو ظاهر في تقدم
البرص على العقد ، وقوله في الخبر السادس : في الرجل إذا تزوج المرأة فوجد
بها قرناً ، وهو أيضاً ظاهر في التقدم ، ومثله الخبر السابع بل هو أظهر باعتبار نسبة
التدليس إلى المرأة أو الولي ، والتدليس إنما يكون باعتبار العقد عليها وهي
معيبة ، وإلا فلو عقد عليها وهي صحيحة سالمة من العيب وإنما حدث العيب
بعد العقد فإنه لا ينسب التدليس إليها ولا إلى وليتها وهو ظاهر ، وفيها دلالة
بالمفهوم الشرطي - الذي هو حجة عند المحققين - على أنه متى لم يحصل التدليس
الذي هو كما عرفت عبارة عن تقدم العيب على العقد فإنها لا ترد على أهلها ،
وهو يصدق على من حدث بها العيب بعد العقد وقبل الدخول وأنها لا ترد لعدم
التدليس فيها الموجب للرد ، وهو بحمد الله سبحانه ظاهر و مثل ذلك الخبر

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣

التاسع والعاشر وقوله «تزوج امرأة فوجد بها قرناً» وقوله في الخبر الحادي عشر «يتزوج المرأة فيؤتى بهامياء أو برصاء» ومثله الخبر الثالث عشر والخامس عشر. وبالجمله فإن هذه الأخبار كما ترى ظاهرة في تقدم العيب على العقد، وما أجمل منها وهو الأقل يمكن حمله على ما دلّت عليه هذه الأخبار من التقدم، وعلى هذا فتبقى أصالة لزوم العقد سالمة من المعارض، وبه يظهر قوة القول المشهور بين المتأخرين، إلا أنه بعد لا يخلو من نوع توقف، والمشهور في كتب الأصحاب انحصار الخلاف في هذه المسألة في القولين المذكورين، وربما يظهر من ابن الجنيّد هنا قول ثالث على ما نقله في المسالك، وهو ثبوت الفسخ بالجنون المتجدد، وإن كان بعد الدخول كما تقدم في الرجل لأنه قال: ولو حدث ما يوجب الرد قبل العقد بعد الدخول لم يفرق بينهما إلا الجنون فقط، فجعل الجنون موجباً للخيار في كل من الزوجين وإن حدث بعد الدخول، لأنه كما تقدم نقله عنه آنفاً شرك في العيوب التي ذكرها بين الرجل والمرأة، ومفهوم عبارته المذكورة أيضاً ثبوت الخيار بياقي العيوب لو حدث قبل الدخول كقول الشيخ - رحمه الله عليه - .

المسألة الثانية : قد ذكر الأصحاب لخيار الفسخ هنا أحكاماً : (منها) الفورية، والمشهور في كلامهم من غير خلاف يعرف أن الخيار المذكور هنا فوري للرجل كان أم للمرأة، فلو علم من له الخيار ولم يبادر بالفسخ لزم العقد، وعلل مع ذلك بأن الغرض من الخيار دفع الضرر بالتسلط على الفسخ، وهو يحصل بذلك فيقتصر فيما خالف الأصل على مقدار ما يحصل به .

واعترف في المسالك بأنه ليس لهم نص في ذلك بالخصوص . وقال سبطه في شرح النافع : وفي بعض الروايات دلالة عليه، ثم إنه إن كان العيب ظاهراً متفقاً عليه لاتزاع فيه بينهما فالفورية معتبرة في الفسخ، وإن توقف ثبوته على المرافعة إلى الحاكم فالفورية في المرافعة إلى الحاكم، فإذا ثبت صار الفسخ فورياً. (منها) أن الفسخ المذكور ليس بطلاق، لأن الطلاق يقتصر إلى لفظ خاص

وشرط مقردة لادليل على اعتبارها هنا ولا قائل بها، فلا يعدّ من الثلاث المحرمة، ولا ينتصف به المهر كما ينتصف بالطلاق إلّا في صورة خاصة خرجت بنص "خاص"، وهي الفسخ بالعنة كما تقدم.

و(منها) أن المشهور أنه لا يقتقر الفسخ بالعيوب إلى الحاكم، سواء كانت في المرأة أو الرجل، بل لكل من المرأة والزوج التفرد بالفسخ في موضع يجب له الخيار إلّا في العنة، فإنه يقتقر لضرب الأجل، وغاية ما يفهم من النصوص أن الفسخ حق ثابت لكل من الزوجين في مورده، فتمت اختياره فسخ به.

ومن الأخبار الدالة على كل من الحكمين الأخيرين رواية علي بن أبي حمزة^(١) الواردة في الجنون، وفيها «لها أن تنزع نفسها متى شاءت»، وفي روايات الخصاص «يفرق بينهما»، وهو خطاب لمن له قوة يده في الأمر والنهي مطلقاً، وكتابة عن انفساخ النكاح إذا لم ترض به، وفي بعض روايات العنن أنه بعد مضي السنة «إن شاءت تزوجت وإن شاءت أقامت»، وفي بعض «تفارقه إن شاءت»، وفي بعض «فإن أناها في ضمن السنة وإلا فارقته»، وفي بعض أخبار عيوب المرأة «تردّ على أهلها من غير طلاق»، وهو صريح في نفي الطلاق ومثله في كتاب الفقه الرضوي ممّا تقدم قوله «يردّها إلى أهلها بغير طلاق»، وفي جملة منها «يردّ النكاح من البرص والجنون»، ونحو ذلك ممّا ذكر في تلك الأخبار، والجميع كما ترى ظاهر في أنه ليس بطلاق، ولا يقتقر إلى الحاكم الشرعي بوجه.

وأما ما اشتمل عليه بعض تلك الأخبار من قوله «إن شاء طلق وإن شاء أمسك»، فالمراد بالطلاق هنا كما ذكره الشيخ - رحمه الله - الردّ والسراح المذكوران في غير هذا الخبر.

وبالجملة فالحكم بالنسبة إلى النظر في الأخبار ممّا لا شك فيه وممّا يدلّ

(١) الكافي ج ٦ ص ١٥١ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٩، الفقيه ص ٣٣٨ ح ٣.

على المرافعة إلى الحاكم في العنة لضرب الأجل ما تقدم في حديث أبي البخري^(١) من قوله « يؤخر العنين سنة من يوم مرافعة امرأته » . و مثله حديث كتاب قرب الإسناد^(٢) المتقدم أيضاً .

وما ذكرناه من أنه لا يفتر الفسخ إلى الرجوع إلى الحاكم في غير العنة هو المشهور في كلام الأصحاب ، ونقل الخلاف هنا عن ابن الجنيدي حيث قال : وإذا أريدت الفرقة لم يكن إلا عند من يجوز حكمه من والي المسلمين أو خليفته أو بمحضر من المسلمين إن كانا في بلد هدنة أو سلطان متغلب ، إنتهى .

واضطرب كلام الشيخ في المبسوط في هذا المقام فقال : و إن اختار الفسخ أتى الحاكم بفسخ النكاح ، وليس له أن ينفرده لأنها مسألة خلاف ، هذا عند المخالف ولا يمنع عندنا أن يفسخ الرجل ذلك بنفسه أو المرأة ، لأن الأخبار مطلقة في هذا الباب ، ثم قال بعد كلام طويل : فأما الفسخ فالى الحاكم لأنه مختلف فيه ، ولو قلنا على مذهبنا أنه له الفسخ بنفسه كان قوياً ، والأول أحوط لقطع الخصومة ، ثم قال بعد ذلك : لا يجوز أن تفسخ - يعني امرأة العنين - بغير حاكم لأنه مختلف فيه .

أقول : ظاهر كلامه و كذا ظاهر كلام ابن الجنيدي أن اشتراط الفسخ بالحاكم مذهب المخالفين . أما كلام الشيخ فهو صريح في ذلك ، وأن مذهب الامامية عدم اشتراطه ، وأن هذا الاحتياط الذي صار إليه إنما هو بالنظر إلى خلاف العامة . وأما كلام ابن الجنيدي فإنه يشير إلى ذلك بقوله إن كانا في بلد هدنة - يعني تقيّة - أو سلطان متغلب - يعني سلاطين الجور - .

وبالجملة فإن القول المذكور كما عرفت مع شدوده لادليل عليه ، وليس في هذا الكلام المنقول عنهما ما يدل على المخالفة لما عليه الأصحاب صريحاً إن

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩ وفيها « ترافعه » .

(٢) قرب الإسناد ص ٥٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ١٢ .

لم يكن أولى بالدلالة على الموافقة ، فإن كلامهم يدور على أن ذلك إنما هو مذهب المخالفين ، والقول به إنما هو على جهة التقيّة منهم ، وهو ظاهر فيما قلناه و واضح فيما ادعينا .

المسألة الثالثة : الظاهر أنه لا خلاف في أنه إذا فسخ الزوج قبل الدخول فإنه لا مهر لها ، ولو فسخ بعده فلها المسمى ويرجع به على المدّس ، ويدلّ على الحكم المذكور جملة من الأخبار المتقدمة في المقام الثاني من سابق هذا المطلب مثل صحيحة أبي عبيدة^(١) وهي الرواية السابعة من تلك الروايات ، وقوله فيها « وتردّ » على أهلها بغير طلاق ، ويأخذ الزوج المهر من وليّها الذي كان دلّسها ، فإن لم يكن وليّها علم بشيء من ذلك فلا شيء عليه ، وتردّ إلى أهلها ، قال : وإن أصاب الزوج شيئاً ممّا أخذت منه فهو له ، وإن لم يصب شيئاً فلا شيء له ، قال : و تعتدّ عدة المطلقة إن كان دخل بها ، وإن لم يكن دخل بها فلا عدة ولا مهر .

ورواية رفاعه^(٢) وهي الخامسة من الروايات المتقدمة ، وقوله « إلّا فيها » قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة زوجها وليّها وهي برّاءة أن لها المهر بما استحلّ من فرجها وأنّ المهر على الذي زوجها ، وإنّما صار المهر عليه لأنّه دلّسها ، ولو أنّ رجلاً تزوج امرأة أو زوجها رجل لا يعرف دخيلة أهرها لم يكن عليه شيء وكان المهر يأخذه منها .

وصحيحة الحلبي أو حسنته^(٣) وهي الثانية من تلك الروايات وفيها « قلت : رأيّت إن كان قد دخل بها كيف يصنع بمهرها ؟ قال : لها المهر بما استحلّ من »

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٨ ح ١٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٠ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ .

فرجها ، ويغرم وليها الذي أنكحها مثل ما ساق إليها .

ونحو هذه الروايات أيضاً رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله ^(١) وهي الرابعة عشر من تلك الروايات ، وكذا صحيحة محمد بن مسلم ^(٢) وهي الخامسة عشر .
وتمام تحقيق الكلام في المقام يتوقف على رسم مباحث :

الأول : إذا فسخ الزوج بعد الدخول استحققت الزوجة المسمى ومقتضى القواعد الشرعية أنه لا فرق في ذلك بين كون العيب الذي فسخ به كان قبل العقد أو حدث بعده ، لأن النكاح صحيح وإن فسخ بالخيار وثبت الخيار فرع على صحة العقد في نفسه ، لأن الفسخ لا يبطله من أصله ، ولهذا لا يرجع بالنفقة الماضية ، وحينئذ فالواجب هو المسمى لصحة العقد .

وقال الشيخ في المبسوط : إن كان الفسخ بالمتجدد بعد الدخول فالواجب المسمى لأن الفسخ إنما يستند إلى العيب الطارئ بعد استقراره ، وإن كان بعيب موجود قبل العقد أو بعده قبل الدخول وجب مهر المثل ، لأن الفسخ وإن كان في الحال إلا أنه مستند إلى حال حدث العيب ، فيكون كأنه وقع مفسوخاً حين حدث العيب ، فيصير كأنه وقع فاسداً ، فيلحقه أحكام الفاسد ، إن كان قبل الدخول فلا مهر ولا متعة ، وإن كان بعده فلا نفقة للمدة ويجب مهر المثل .

قال في المسالك : ولا يخفى ضعفه لأن النكاح وقع صحيحاً ، والفسخ وإن كان بسبب العيب السابق لا يبطله من أصله بل من حين الفسخ ، ولا يزيل الأحكام التي سبقت عليه خصوصاً إذا كان العيب حادثاً بعد العقد ، فإن دليله لا يخفى عليه .
أقول : وفيه أيضاً أن مقتضى كلامه أن ظهور العيب السابق على العقد أو على الدخول موجب لبطلان العقد ، حيث إنّه جعل العقد في قوة المفسوخ به .

وفيه أنه قد ثبت له التخيير بين الفسخ والامضاء ، واختياره الامضاء لا يجمع

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٥ ح ٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٧ .

بطلانه بالعيب حين ظهوره .

وكيف كان فإنّ المعتمد في ذلك على الأخبار ، وهي كما عرفت دالة على أنه متى فسخ فإنّ لها المسمى مع الدخول ، أعمّ من أن يكون العيب متقدماً على العقد أو متأخراً ، بل ظاهر أكثرها كما قدمنا بيانه إنّما هو تقدم العيب على العقد ، وهو الذي حكم فيه بمهر المثل ، والروايات صريحة في المسمى كما عرفت .

الثاني : قد دلّت الأخبار وبه صرح الأصحاب على أنه متى فسخ الزوج بعد الدخول فإنّ لها المسمى ، وأنّ الزوج يرجع به على وليّها الذي دلّها ، والمراد من التدليس هو عدم إخبار الزوج بالعيب المذكور ، مع علم المتوليّ للتزويج به ، ولا فرق في ذلك بين كون المدّلس وليّاً شرعياً أو غيره ، بل لو كان التدليس إنّما وقع منها من غير واسطة في البين فإنّه يرجع عليها بالمهر متى قبضته ، ولو لم يدفع إليها شيئاً لم تستحق شيئاً .

ويدلّ على ذلك فيما إذا كانت هي التي دلّست نفسها ما تقدم في رواية رفاعه^(١) من قوله « ولو أنّ رجلاً تزوج امرأة قد زوجها رجل لا يعرف دخيلة أمرها لم يكن عليه شيء ، وكان المهر يأخذه منها » وحاصله أنّ التدليس لما لم يحصل من المتوليّ لتزويجها لعدم علمه ، وإنّما حصل منها لعدم إخبارها بالعيب مع علمها به ، فإنّ للزوج الرجوع بالمهر عليها ، ومقتضاه أنّه لو لم يدفع إليها شيئاً فإنّه لا يجب عليه ، إذ لا معنى لدفعه لها واسترجاعه منها ، وبما ذكرنا صرح الأصحاب أيضاً .

ويدلّ على ذلك أيضاً ما رواه في الكافي^(٢) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبدالله عليه السلام « في رجل ولّته امرأة أمرها أو ذات قرابة أو جار لها لا يعلم دخيلة أمرها فوجدها قد دلّست عيباً هو بها ، قال : يؤخذ المهر منها ولا يكون

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٤ ح ٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٦

ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٧ ح ٤ .

على الذي زوجها شيء .

قال في المسالك : إذا تقرر ذلك فممتا غرم الزوج من المهر ، و كان هناك مدكس رجع به عليه سواء كان ولياً أم غيره ، حتى لو كان المدكس هو المرأة رجع عليها أيضاً بمعنى أنه لا يثبت عليه لها مهر ، ولا وجه لاعطائها إيّاه ثم الرجوع عليها به .

بقي الكلام فيما لو انتفى التدليس بأن كان العيب خفياً لم تطّلع عليه المرأة فضلاً عن المتوكلي لتزويجها ، والظاهر أنه لا رجوع لا تنفاء المقتضي لذلك ، ثم إنهم ذكروا أنه لو كان الرجوع على غير الزوجة فلا ريب أنه يرجع لجميع ما غرمه ، وإن كان الرجوع عليها فإن المشهور أنه لا يرجع بالجميع بل يجب أن يستثنى منه ما يكون مهراً ، لأن الوطاء المحرم لا يخلو من مهر ، وقيل إنه يرجع بالجميع نمسكاً بالاطلاق ، واستظهره السيّد السند في شرح النافع .

أقول : ويؤيده ما ذكرنا من رواية رفاعه ، وقوله فيها « وكان المهر يأخذه منها » فإنه صريح في الرجوع بالمهر كمالاً ، و أصرح منها صحيحة الحلبي أو حسنته المذكورة .

وأما ما ذكره من أن النكاح المحرم لا يخلو من مهر على إطلاقه ممنوع ، فإن الظاهر أن الرجوع عليها بالمهر هنا عقوبة لتدليسها كما في صورة الرجوع على المتوكلي لنكاحها إذا كان عالماً بالعيب مع أنه أجنبي .

ثم إنه على تقدير القول المشهور من استثناء شيء يكون مهراً ففي تقديره قولان :

(أحدهما) ما ذهب إليه ابن الجنيّد من أنه أقل مهر مثلها ، لأنه قد استوفى منفعة البضع فوجب عوضه ، وهو مهر المثل .

(وثانيها) وعليه الأكثر أنه أقل ما يكون مهراً وهو أقل ما يتمول في العادة ، ووجه درود النص بالرجوع بالجميع ، فيجب الاقتصار في المخالفة على موضع

اليقين ، واعترف في المسالك بأن النصوص خالية من هذا الاستثناء . أقول : بل هي ظاهرة في رده لما عرفت من حديث رفاة .

الثالث : قد دلت جملة من الأخبار المتقدمة في المقام الثاني في عيوب المرأة من المطلب الأول على جواز الفسخ بعد الدخول مثل الخبر الثاني والخامس والسابع^(١) ويستفاد منها أن الوطء لا يمنع من الفسخ بالعيب السابق على العقد ، ولكن قد دلت جملة منها أيضاً على أن الدخول بها يمنع من الرد ، كقوله *إِلَّا فِي رَايَةِ عَبْدِ الرَّحْمَنِ بْنِ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ*^(٢) وهي الرواية السادسة وأنه يردّها ما لم يدخل بها ، فإن مفهومه أنه متى دخل بها لا يردّها ، وفي صحيحته^(٣) وهي الثامنة من تلك الروايات « تردّ من أربعة أشياء . . . ما لم يقع عليها ، فإذا وقع عليها فلا ، وفي رواية غياث بن إبراهيم^(٤) وهي الرواية الثالثة عشر « وإذا دخل بها فهي امرأته . والوجه الواضح المنار في الجمع بين هذه الأخبار هو أنه إن دخل بها مع علمه بالعيب فهو رضا منه بها ، فليس له الفسخ حينئذ ، وعليه تحمل الأخبار الأخيرة ، وإن دخل بها جاهلاً به فإن له الرد ، وعليه تحمل الأخبار الأولى ، وقد دلّ على هذا التفصيل الخبر التاسع^(٥) والخبر العاشر^(٦) بأوضح دلالة .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١٢ و ص ٤٢٤ ح ٨ و ص ٤٢٥ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٣ ح ٦ و ص ٦٠٠ ح ٢ و ص ٥٩٦ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٤ الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٢ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٦ ح ١١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٥ ح ١٤ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٧ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٩ ح ٣ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٤٠٩ ح ١٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٧ ح ١٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٩٨ ح ١ .

الرابع : إذا فسخت الزوجة بعيب في الزوج ، فإن كان بعد الدخول فإن لها المسمى في العقد لأن المسمى يلزم بالعقد ، ويستقر بالدخول ، وإن كان قبل الدخول فلا شيء لها لأن الفسخ جاء من قبلها ، واستثنى من ذلك الفسخ بالعنن فإن لها نصف المهر .

فأما ما يدل على أن الفسخ متى كان من قبل المرأة فإنه مع عدم الدخول لامهر لها فهو ما رواه المشايخ الثلاثة ^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال أمير المؤمنين عليه السلام في المرأة إذا زنت قبل أن يدخل بها الرجل : يفرق بينهما ولا صداق لها ، إن حدث كان من قبلها ، وهو ظاهر في أنه متى كان السبب الموجب للفسخ من قبلها فإنه لامهر لها عملاً بالعلّة المذكورة ، وهذا الحكم من القواعد المتفق عليها عندهم والمسلمة بينهم كما صرحوا به في غير موضع من الأحكام . وأما ما يدل على استثناء الفسخ بالعنن من هذه القاعدة فصحيحة أبي حمزة ^(٢) قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجاً غيره فزعمت أنه لم يقر بها منذ دخل بها - إلى أن قال : - فعلى الإمام أن يؤجله سنة فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولا عدة عليها ، وقد تقدم الكلام في هذا المقام أيضاً .

الخامس : قد ذكر الشيخ جملة من الأصحاب أنه لو فسخت المرأة بالنكاح ثبت لها المهر مع الخلوة ويعزر ، واستدلوا عليه بما رواه الشيخ ^(٣) في الصحيح عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٦ ح ٤٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٧٣ ح ١٠٥ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٣ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠١ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٣ .

ابن مسكان قال : بعثت بمسألة مع ابن أعين قلت : سله عن خصي قد دلس نفسه لامرأة ودخل بها فوجدته خصياً ، قال : يفرق بينهما ويوجع ظهره ، ويكون لها المهر بدخوله عليها .

وعن سماعة^(١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام أن خصياً دلس نفسه لامرأة ، قال : يفرق بينهما وتأخذ المرأة منه صداقها ويوجع ظهره كما دلس نفسه .
وأذكر ابن إدريس هذا الحكم وقال : لا دليل على صحة هذه الرواية من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع ، والأصل براءة الذمة ، وإن كان أوردته شيخنا في نهايته إيراداً لا اعتقاداً .

وقال العلامة في المختلف : إن الشيخ بنى ذلك على أصله من ثبوت المهر بالخلوة . قال السيد السند في شرح النافع - بعد نقل ذلك عن العلامة - : وفيه نظر فإن الشيخ إنما استند في هذا الحكم إلى هذه الروايات ، ولو صح سندها لوجب المصير إليه ، وإذ لم يثبت ذلك الأصل فالمسألة محل تردد ، انتهى .
أقول : ومن روايات المسألة ما رواه الثقة الجليل عبدالله بن جعفر الحميري في كتاب قرب الإسناد^(٢) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى عليه السلام قال : سألته عن خصي دلس نفسه لامرأة ما عليه ؟ قال : يوجع ظهره ويفرق بينهما وعليه المهر كاملاً إن دخل بها ، وإن لم يدخل بها فعليه نصف المهر .

وما صرح به الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي^(٣) حيث قال : وإن تزوجها خصي فدلس نفسه لها وهي لا تعلم فرق بينهما ويوجع ظهره كما دلس نفسه ، وعليه نصف الصداق ولا عدة عليها منه ، ونقل في المختلف هذه العبارة بلفظها عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٢ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٨ ح ٢ .

(٢) قرب الإسناد ص ١٠٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٩ ح ٥ .

(٣) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٢ ح ٢ .

الشيخ علي بن بابويه في الرسالة ، وابنه في المقنع على وجه الافتاء بها .
وأنت خير بأن "المستفاد من هذه الروايات بعد ضم بعضها إلى بعض هو أن"
النساء وإن كان عيباً إلا أنه يمكن الجماع معه كما ذكره الشيخ وغيره ، ومن
هذه الجهة لم يعده عيباً كما تقدم نقله عنه ، قال : لأن "غايته أنه لا ينزل ،
وإلا فإنه يبالغ في الإيلاج أكثر من الفحل ، وعدم الاتزال ليس بعيب ، وحينئذ
فنقول إنه متى دخل الخصي بها وجب المهر . وهو مما لا إشكال فيه ، وبه صرح
صحيحة علي بن جعفر ، وعليه يحمل صحيحة ابن مسكان وموثقة سماعة ، وإن لم
يدخل بها فنصف المهر كما صرح به صحيحة علي بن جعفر أيضاً وعليه يحمل
كلامه ^{في كتاب} في كتاب الفقه الرضوي .

وبذلك يظهر لك أن "ما ذكره هؤلاء الأجلاء في المقام فإنه نفع في غير ضرام ،
ومبنى هذا الاشكال عندهم والاختلاف بينهم على دعوى دلالة صحيحة ابن مسكان
وموثقة سماعة على وجوب المهر بالخلوة ، فمن ثم اتخذهما الشيخ دليلاً على
ما ادعاه من وجوب المهر بالخلوة ، وردهما ابن إدريس لذلك ، وهكذا كلام
العلامة والسيد المذكور .

وفيه أن "غاية ما يدل عليه الخبران المذكوران هو أنه بتزويجه بها
ودخوله عليها يجب المهر ، وهو مجمل بالنسبة إلى الوطاء وعدمه ، ولكن صحيحة
علي بن جعفر قد فصلت الحكم بأنه إن كان قد دخل بها فلها المهر كمالاً ، وإن
لم يدخل فنصفه ، والمجمل يحمل على المفصل كما هو القاعدة الكلية وبعضها
كلامه ^{في كتاب} في كتاب الفقه ، وحكمه بالتنصيف فإنه محمول على الفسخ مع عدم
الدخول ، وهذا بكرامته سبحانه واضح لاسترة عليه ، والله العالم .

المسألة الرابعة : قد ثبت بما قدمناه في المقام الأول من المطلب الأول أن
العن من جملة عيوب الرجل المتفق على جواز فسخ المرأة به ، بقي الكلام هنا في
مواضع من أحكامه :

الأول: إنك قد عرفت أن العنة عبارة عن ضعف الآلة عن الانتشار والولوج في الفرج ، فهو أمر مخفي لا يطلع عليه غير من ابتلي به ، فلا يمكن الاطلاع عليه بالشهادة حينئذٍ فلا طريق إلى الحكم به إلا بإقرار صاحبه على نفسه أو قيام بيّنة بإقراره ، فعلى هذا لو ادعت المرأة عليه بذلك وأنكر الرجل فالقول قوله يمينه عملاً بأصالة السلامة الرجعة إلى أصالة العدم، فإن حلف استقر النكاح ، وإن نكل فإن قضينا بمجرد النكول ثبت العيب ، وإلا ردت اليمين على المرأة ، فإن حلفت ثبت العيب ، إلا أنه لا بد في حلفها من حصول العلم لها به ، وذلك يحصل بممارستها له مدة على وجه يحصل لها بتعاقد القرائن العلم بالعنة .

ونقل الأصحاب عن الصدوق - رحمه الله عليه - أن الرجل المدعى عليه العنة يقام في الماء البارد ، فإن تقلص حكم بقوله ، وإن بقي مسترخياً حكم لها .
ونقل ذلك في المسالك عن ابن هزة أيضاً قال : ومعنى تقلص انضمت وانزوى ، ولفظ الصدوق «إن تشنج» والمراد به تقبض الجلد ، قال : وأنكر هذه العلامة المتأخرون ، لعدم الوثوق بالانضباط وعدم الوقوف على مستند صالح ، نعم هو قول الأطباء وكلامهم فيتمر الظن الغالب بالصحة ، إلا أنه ليس طريقاً شرعياً ، انتهى .
أقول : لا يخفى أن ما نقلوه عن الصدوق فإنه قد رواه في كتابه من لا يحضره الفقيه^(١) عن الصادق عليه السلام مرسلأوبه صرح الرضا عليه السلام في كتابه^(٢) حيث قال «وإذا ادعت عليه أنه عنتين وأنكر الرجل أن يكون كذلك ، فإن الحكم فيه أن يجلس الرجل في ماء بارد فإن استرخى ذكره فهو عنتين ، وإن تشنج فليس بعنتين ، ولكن أصحابنا المتأخرون حيث لم يصل إليهم الكتاب المذكور ولا اطلعوا عليه لم يطلعوا على ما فيه من الأحكام .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٤ .

(٢) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٤ ح ١ .

وروى الصدوق في الفقيه^(١) قال : وفي خبر آخر أنه يطعم السمك الطري ثلاثة أيام ثم يقال له : بُل على الرماد، فإن ثقب بوله الرماد فليس بعنّين ، وإن لم يثقب بوله الرماد فهو عنّين .

الثاني : إذا تحقق العنن للرجل فإما أن يثبت تقدمه على العقد أو تأخره عنه قبل الوطء أو بعده ، وإثماً يحصل بعد الوطء ، ولا خلاف في الفسخ به في الصورة الأولى وعليه تدلّ الأخبار المتقدمة .

وأما بعد العقد وقبل الوطء ، فالمشهور جواز الفسخ به أيضاً ، وربما ظهر من عبارة المبسوط عدمه ، وأما المتجدد بعد الوطء فأكثر الأصحاب على عدم الفسخ به .

وذهب الشيخ المفيد وجماعة إلى أن لها الفسخ به أيضاً ، قال الشيخ المذكور - على ما نقله عنه في المختلف - : وإن تزوجته على أنه سليم فظهر لها أنه عنّين انتظرت به سنة ، فإن وصل إليها فيها ولو مرة واحدة فهو أملك بها ، وإن لم يصل إليها في مدة السنة كان لها الخيار ، فإن اختارت المقام معه على أنه عنّين لم يكن لها بعد ذلك خيار ، وإن حدث بالرجل عنة بعد صحته كان الحكم في ذلك كما وصفناه ينتظر به سنة ، فإن تعالج فيها واصلح وإلا كانت المرأة بالخيار ، إنتهى .

قال الشيخ في التهذيب - بعد نقل ذلك عنه - : فأما الذي ذكره - رحمه الله عليه - من التسوية بين العنة إذا حدثت بعد الدخول وبينها إذا كانت قبل الدخول إثماً حمله على ذلك عموم الأخبار التي رويت في ذلك مثل ما رواه الحسين بن سعيد ، ثم نقل صحيحة محمد بن مسلم^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام قال : العنّين يترقب به سنة ، ثم إن شاءت امرأته تزوجت وإن شاءت أقامت .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٥ .

وعن أبي الصباح الكناني ^(١) قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة ابتلي زوجها فلا يقدر على الجماع أبداً، أتفارق؟ قال: نعم إن شاءت. .
وعن أبي البخري ^(٢) عن أبي جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام كان يقول: يؤخر العنين سنة من يوم ترافعه امرأته فإن خلس إليها وإلا فرق بينهما». .
ثم قال: والأولى عندي الأخذ بالخبر الذي رويناه عن إسحاق بن عمار ^(٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام «أن علياً عليه السلام كان يقول: إذا تزوج الرجل امرأة فوقع عليها مرة ثم أعرض عنها فليس لها الخيار فلتصبر فقد ابتليت وليس لأمهات الأولاد ولا الاماء مالم يمسها من الدهر إلا مرة واحدة خيار». .
وعن غياث الضبي ^(٤) عن الصادق عليه السلام قال في العنين: إذا علم أنه عنين لا يأنى النساء فرق بينهما، وإذا وقع عليها دفعة واحدة لم يفرق بينهما، والرجل لا يرد من عيب». .

أقول: مرجع كلام الشيخ إلى أن الأخبار التي استدلت إليه الشيخ المفيد وإن دلت على ما ذكره بإطلاقها إلا أن هذه الروايات باعتبار ما اشتملت عليه من أنه متى جامعها ولو مرة واحدة فإنه لا خيار لها خاصة صالحة لتقييد تلك الأخبار، وقضية الجمع بينها تقييد ذلك الاطلاق بهذه الأخبار، وهو جيد، فإن ذلك قاعدة كلية عندهم في الجمع بين الأخبار. .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٦ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٣١ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٩ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٢ ح ٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤ وفيه «عباد الضبي» ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥ ،

الفقيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ٤ مع تفاوت يسير ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢ .

وجملة من المتأخرين منهم صاحب المسالك وسبطه في شرح النافع^(١) وغيرهما رجحوا مذهب الشيخ المفيد عملاً بذلك الاطلاق حيث إن في رواياته صحيحة محمد ابن مسلم ، والأخبار المقيّدة ضعيفة باصطلاحهم لاتصلح لمعارضة تلك الأخبار ، والجمع بين الأخبار عندهم فرع حصول التعارض ، وموجب ذلك أن من لا يرى العمل بهذا الاصطلاح كالمقدمين ومن تبعهم من متأخري المتأخرين فإنه يتحتم عندهم الجمع بين الأخبار بما ذكره الشيخ - رحمة الله عليه - .

قال في المختلف - بعد نقل ما ذكرناه :- والأشهر قول الشيخ عملاً بمقتضى العقد اللازم وبما تقدم في الرواية ، وإن كان قول المفيد لا يخلو أيضاً من قوة ، لما فيه من دفع الضرر بقوات فائدة النكاح ، فنحن في ذلك من المتوقفين ، إنهى . وفيه أنه بعد ثبوت الحكم بالأخبار ودلائلها على أنها قد ابتليت فلتصبر لوجه لهذا الكلام ، والأدلة العقلية في حد ذاتها غير مسموعة ، فكيف في مقابلة الأخبار الضريحة في ردها .

والعجب من شيخنا المفيد أنه حكم في صورة العنن الأصلي بأنه متى اجل سنة ووصل إليها في تلك المدة ولو مرة فإنه يكون أملك بها - يعني لاختيار لها - وهو أعم من أن يعود العنن إليه بعد ذلك أم لا ، فإنه لاختيار لها في هذه الصورة على كلا الاحتمالين ، وحينئذ فلا بد من تقييد إطلاق الأخبار بغير هذه الصورة ، لأن مقتضى إطلاق تلك الأخبار هو أن العنن موجب للخيار أعم من أن يكون أصلياً أو إلتماعاً من بعد التزويج والدخول ، ومقتضى ما ذكره من أنه بعد ثبوت العنن وكونه أصلياً لو وصل إليها مرة فإنها لاختيار لها ، وإن عاد العنن له بعد

(١) قال السيد السند في شرح النافع بعد رده الروايات المقيّدة بضعف الإسناد : والمسألة محل تردد وإن كان المصير الى ما عليه الأكثر من اشتراط حصول العنة قبل الوطء أولى إقتصاراً في فسح العقد اللازم على موضع الوفاق ، وهو ظاهر في إختياره القول المشهور للتعطل المذكور . (منه - قدس سره -) .

ذلك كما هو مقتضى إطلاق كلامه ، الخروج عن مقتضى ذلك الإطلاق ، فيجب تخصيصه بغير هذه الصورة .

وأنت خبير بأنه لا فرق بين هذه الصورة ولا بين العن العارض بعد الوطء إذ الجميع من باب واحد ، فلامعنى لاستثنائه هذه الصورة ، وحكمه بالفسخ في تلك الصورة . وبالجمله فالمعتمد هو القول الأول وهو الذي عليه المعول .

الثالث : ظاهر جملة من الأصحاب أن العن إنما يتحقق بالعجز عن وطئها قبلاً ودبراً ، والعجز عن وطء غيرها . فلو عجز عنها مثلاً وأمكن وطء غيرها لم يكن عتياً ، ولم يترتب عليه جواز الفسخ .

ويدل على ذلك قوله عليه السلام في رواية غياث الضبي^(١) المتقدمة « إذا علم أنه لا يأتي النساء فرق بينهما » وقوله في رواية أبي بصير^(٢) المتقدمة أيضاً « ابتلي زوجها فلم يقدر على الجماع » .

واستدل السيد السند في شرح النافع على هذا القول برواية عمار^(٣) عن أبي عبدالله عليه السلام « أنه سئل عن رجل أخذ عن امرأته فلا يقدر على إتيانها ، فقال : إن كان لا يقدر على إتيان غيرها من النساء فلا يمسكها إلا برضاها بذلك ، وإن كان يقدر على غيرها فلا بأس بامساكها » .

ثم ردها مع رواية الضبي بضعف السند ، وظنتي أن هذه الرواية ليست من روايات العن ، وإنما المراد بالأخذ فيها هو عمل شيء كالسحر يمنع من الجماع . قال في القاموس^(٤) : والأخذ بالضم رقية كالسحر ، وعلى هذا المعنى حملة في الوافي

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٠ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١١ ح ٣ .

(٤) ج ١ ص ٣٥٠ .

أيضاً وإن احتمل ارادة العنن أيضاً .

وظاهر عبارة الشيخ المفيد المتقدمة في سابق هذا الموضع وقوله « انتظرت به سنة فإن وصل إليها فيها ولومرة واحدة فهو أملك بها ، وإن لم يصل إليها في في مدة السنة كان لها الخيار » فإن « ظاهرها أن » العنن يصدق بمجرد عدم الوصول إليها وإن أمكن الوصول إلى غيرها .

ويدل على ذلك قوله ^(١) في صحيحته أبي حمزة الثمالي « وقد تقدمت فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الامام أن يؤجله سنة فإن وصل إليها ، وإلا فرق بينهما » فإن « ظاهر هذا الكلام هو الاكتفاء في حصول العنن ، وجواز الفسخ بعجزه عن وطئها وإن لم يعلم عجزه عن وطئ غيرها ، ويعتريني في هذا المقام إشكال ، وهو أنه قد تقدم في كلام أهل اللغة في معنى العنن أنه الذي لا يقدر على إتيان النساء ولا يريدهن » بالكليّة ، وفي كلام الفقهاء أنه مرض تضعف معه القوة عن نشر العضو . وظاهر الكلام في الموضوعين أنه لا يختلف باختلاف النساء فيزول بالنسبة إلى بعض ، ويحصل بالنسبة إلى أخرى ، ففرض الأصحاب هذا الخلاف وجعله مسألة في البين ليس في محله ، والروايات المذكورة لادلالة فيها على ما ادعوه من الاختلاف بل هي بالنسبة إلى ما ندعيه أقرب وبما ذكرناه أنسب .

وأما رواية الضبي وكذا رواية أبي بصير فهما ظاهرتان في أن « العنن من لا يقدر على مجامعة النساء من زوجته وغيرها وهو صريح فيما قلناه . وأما صحيحته أبي حمزة فغاية ما تدل عليه أنه إن جامعها في هذه المدة فإنه يعلم زوال العنة عنه ، وإن لم يمكنه جماعها علم أنه عتن لا يمكن جماعها ولا جماع غيرها ، نعم رواية عماد ظاهرة فيما ذكره إلا أنك قد عرفت أنها ليست من محل البحث في شيء .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١ .

الرابع : أطلق الاكثر بأنه لو ادعى الوطى وأنكرت فالقول قوله بيمينه ، سواء كان بعد ثبوت العنن أو قبله ، والمحقق في الشرايع فرض المسألة فيما لو ادعى الزوج الوطى بعد ثبوت العنن ، وحكم بأن القول قوله بيمينه ، والحكم ظاهر فيما لو ادعى الزوج الوطى قبل ثبوت العنن ، فإنه يقبل قوله بيمينه .

قالوا : لأن دعوى الوطى يتضمن إنكار العنن المؤيد بأصالة السلامة من العيب فيكون قوله مقبولا بيمينه ، ويدل عليه ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن أبي حمزة قال : سمعت أبا جعفر عليه السلام يقول : إذا تزوج الرجل المرأة الثيب التي قد تزوجت زوجا غيره فزعمت أنه لم يقربها منذ دخل بها فإن القول في ذلك قول الرجل ، وعليه أن يحلف بالله لقد جامعها ، لأنها المدعية ، قال : فإن تزوجها وهي بكر فزعمت أنه لم يصل إليها فإن مثل هذا تعرفه النساء فليُنظر إليها من يوثق به منهن ، فإذا ذكرت أنها عذراء فعلى الإمام أن يؤجله سنة ، فإن وصل إليها وإلا فرق بينهما ، واعطيت نصف الصداق ولأعدة عليها .

وقال في الفقه الرضوي ^(٢) : وإذا ادعت أنه لا يجامعها - غنيما كان أو غير غني - فيقول الرجل أنه قد جامعها ، فعليه اليمين وعليها البيئنة لأنها المدعية . والخبران ظاهران في أن الدعوى المذكورة قبل ثبوت العنن .

وإنما الاشكال فيما إذا كانت الدعوى بعد ثبوت العنن كما فرضه المحقق ونحوه العلامة في القواعد ، ووجه الاشكال أنه مدع لزوال ما قد ثبت ، فلا يكون قوله مقبولا ، مع أنهم حكموا هنا بقبول قوله بيمينه .

والمفهوم من كلام المحقق الشيخ علي في شرح القواعد أن الوجه فيما حكموا به من قبول قوله بيمينه في هذه الدعوى مع ثبوت العنن أحد أمرين :

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١١ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٣ ح ١ .

(٢) فقه الرضا ص ٢٣٧ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦٠٤ ب ١٤ ح ١ .

إِذَا لَانَ هَذَا الْفَعْلَ لَا يَعْلَمُ إِلَّا مِنْ قَبْلِهِ فَيَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهِ ، كَدَعَوَى الْمَرْأَةَ انْقِضَاءَ الْعِدَّةِ بِالْأَقْرَاءِ ، وَإِذَا لَانَ الْعِنَّةُ لَا تُثَبَّتُ قَبْلَ مَضِيِّ السَّنَةِ ، وَإِلَّا لُتِبَ الْفَسْخُ ، وَأَمَّا الثَّابِتُ الْعَجْزُ الَّذِي يُمْكِنُ أَنْ يَكُونَ عِنَّةً وَأَنْ يَكُونَ غَيْرَهَا ، وَلِهَذَا يَجِبُ أَنْ يُؤْجَلَ سَنَةً لِيَنْظَرَ فِيهَا هَلْ يَقْدَرُ عَلَى الْوَطْءِ أَمْ لَا ، فَإِنْ قَدَّرَ فَلَا عِنَّةَ وَإِلَّا ثَبَّتَ وَحُكِمَ بِهَا ، فَيَكُونُ الزَّوْجُ بِدَعْوَاهِ الْوَطْءُ وَإِنْ كَانَ بِصُورَةِ الْمُدْعَى ، إِلَّا أَنَّهُ فِي الْحَقِيقَةِ مُنْكَرٌ لِلْعِنَّةِ وَالْأَصْلُ الصَّحَّةُ وَحُصُولُ الْعَيْبِ عَلَى خِلَافِ الْأَصْلِ ، وَإِنْ كَانَ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعَجْزِ ، وَحِينَئِذٍ يَقْبَلُ قَوْلَهُ فِيهِ ، وَاسْتَدَلُّوا أَيْضاً بِصَحِيحَةِ أَبِي حَمْزَةَ الْمَذْكُورَةِ بِدَعْوَى أَنَّهَا مُطْلَقَةٌ فَإِنْ مُورِدَهَا اخْتِلَافُهُمَا فِي حُصُولِ الْوَطْءِ وَعَدَمِهِ الْمُتَنَاوُلُ لَمَّا إِذَا وَقَعَ ذَلِكَ قَبْلَ ثُبُوتِ الْعِنَّةِ وَبَعْدَهُ .

وَفِيهِ أَنَّ الظَّاهِرَ بَعْدَهُ ، لِأَنَّهُ بَعْدَ ثُبُوتِ الْعِنَّةِ يَثْبُتُ لَهَا الْخِيَارُ فِي الْفَسْخِ وَعَدَمِهِ ، فَلَا وَجْهَ لِمَا تَضَمَّنَتْهُ الْخَبَرُ حِينَئِذٍ مِنَ الْحُكْمِ الْمَذْكُورِ فِيهِ ، وَلَا ضَرُورَةَ تَلَجُّأٍ إِلَيْهِ .

وَفِي الْمَسْأَلَةِ قَوْلُ آخِرٍ أَيْضاً صَرَّحَ بِهِ الشَّيْخُ فِي الْخِلَافِ وَالصَّدُوقُ فِي الْمَقْنَعِ وَجَمَاعَةٌ مِنَ الْأَصْحَابِ ، وَهُوَ أَنَّ دَعْوَاهُ الْوَطْءُ إِنْ كَانَ فِي الْقَبْلِ ، فَإِنْ كَانَتْ بِكَرٍّ صَدَقَ بِشَهَادَةِ أَرْبَعِ نِسَاءٍ يَشْهَدُونَ بِذَهَابِهَا ، وَإِنْ كَانَتْ نَيْباً حَشِيَ قَبْلَهَا خُلُوقاً ، ثُمَّ يَوْمَرُ بِالْوَطْءِ ، فَإِنْ خَرَجَ الْخُلُوقُ عَلَى ذِكْرِهِ كَانَ الْقَوْلُ قَوْلَهُ ، وَإِلَّا فَلَا .

وَاسْتَدَلَّ عَلَيْهِ فِي الْخِلَافِ بِإِجْمَاعِ الْفَرَقَةِ وَأَخْبَارِهِمْ .
وَالَّذِي وَرَدَ مِنَ الْأَخْبَارِ فِي ذَلِكَ أَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الْبَكْرِ فَمَا تَقَدَّمَ فِي صَحِيحَةِ أَبِي حَمْزَةَ .

وَأَمَّا بِالنِّسْبَةِ إِلَى الثَّيِّبِ فَهُوَ مَا رَوَاهُ الشَّيْخُ فِي التَّهْذِيبِ وَالْكَلِينِي فِي الْكَافِي^(١)
عَنْ عَبْدِ اللَّهِ بْنِ الْفَضْلِ الْهَاشِمِيِّ عَنْ بَعْضِ مَشِيخَتِهِ قَالَ : قَالَتْ امْرَأَةٌ لِأَبِي عَبْدِ اللَّهِ

(١) الْكَافِي ج ٥ ص ٤١١ ح ٨ ، التَّهْذِيبُ ج ٧ ص ٤٢٩ ح ٢١ ، الْفَقِيه ج ٣ ص ٣٥٧ ح ١ ، الْوَسَائِلُ ج ١٤ ص ٦١٣ ح ٢ .

عنه ، أو سأله رجل عن رجل تدعي عليه امرأته أنه عتق وينكر الرجل ، قال : تحشوها القابلة بالخلق ولا تعلم الرجل ويدخل عليها الرجل ، فإن خرج وعلى ذكره الخلق صدق ، وكذبت ، وإلا صدقت وكذب .

ورواه الشيخ في التهذيب ^(١) عن عبد الملك بن الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له ، أو سأله رجل عن رجل ادعت عليه امرأته ، الحديث ^(٢) .

وما رواه في الكافي عن غياث بن إبراهيم ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : ادعت امرأة على زوجها على عهد أمير المؤمنين عليه السلام أنه لا يجامعها ، فأمرها أمير المؤمنين عليه السلام أن تستدفر بالزعفران ثم يغسل ذكره فإن خرج الماء أصفر صدقه ، وإلا أمره بطلاقها .

ورد المتأخرون الروايات المذكورة بضعف الاسناد ، فلا يسوغ التعلق بها ، والأظهر بناءً على إخراج هذا الاصطلاح المحدث العمل بها كما عمل بها المشايخ المتقدمون .

(١) ما عثرنا على هذه الرواية بهذا السند في التهذيب نعم روى في الفقيه عن محمد بن علي بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن عبد الله الفضل الهاشمي عن أبي عبد الله - عليه السلام - الى آخر الحديث .

(٢) أقول : الذي في الكافي عبد الله بن الفضل الهاشمي وهو ثقة في الرجال ، إلا أن الحديث فيه ضعف بإعتبار الإرسال عن بعض مشيخته ، وفي التهذيب عبد الملك بن الفضل الهاشمي وهو غير موجود في الرجال ، ولا يبعد عندي أنه عبد الله المذكور في رواية الكافي وإنما حصل الغلط من قلم الشيخ بإبداله عبد الملك وله أمثال ذلك مما لا يخفى كثرة ، فيكون الحديث صحيحاً لأنه رواه الحسن بن محبوب عن أحمد بن محمد عن أبيه عن عبد الملك وطريقه الى الحسن بن محبوب صحيح . (منه - قدس سره -) .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٢ ح ١١ وفيه اختلاف يسير ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٠ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦١٤ ح ٣ .

أما بالنسبة إلى البكر فحيث كان الخبر كما عرفت صحيحاً باصطلاحهم ، فإنهم حكموا بمضمونه ، ثم إنّه لو ادعى عود البكارة بعد ثبوتها بشهادة النساء وأنه قد وطأها ، ولكن هذه البكارة التي شهدت بها النساء إنّما تجددت بعدا الوطء فالقول قول المرأة يمينها ، إمّا بعدم الوطء أو بأنّ هذه البكارة بكارة الأصل لا متجددة ، فإنّ دعواها معتضة بأصالة بقاء البكارة ، وأنّ الظاهر عدم العود ، هذا كلّه فيما لو كانت الدعوى وطؤها قُبلاً .

أما لو ادعى وطء غيرها من النساء أو وطأها دبراً فإنّ القول قوله يمينه أيضاً كما تقدم في سابق هذا الموضع عملاً بما تقدم في تينك المسألتين من أصالة الصحة وعدم العيب في إحداها وتعذر إقامة البيّنة في الأخرى .

الخامس: قد تقدم أنّ العنن يثبت بأحد الطرق المتقدمة من اعتراف الرجل بالعجز عن المجامعة ، أو القيام في الماء البارد كما ذهب إليه الشيخ في الخلاف والصدوق في المقنع ، أو أكل السمك طرياً ثلاثة أيّام والبول على الرماد كما روي ، وحينئذٍ فإن صبرت المرأة مع علمها بأنّ لها الخيار ورضيت به فلا خيار لها بعد ذلك لأنّ الخيار فوري ، وإن لم تصبر رفعت أمرها إلى الحاكم فيؤجّل له سنة من يوم المرافعة ، فإن واقعها في ضمن تلك المدة فلا خيار لها ، وإلا تخيرت وفسخت ، ولها نصف المهر ، وقد تقدمت بجملة من الأخبار الدالة على هذه الأحكام .

وعلى التمديد بالسنة الواقع في الأخبار بأنّ تعذر الجماع ربّما كان لعارض من خارج من حرارة ، فيزول في فصل الشتاء ، أو برودة فيزول في فصل الصيف ، أو يبوسة فيزول في فصل الربيع ، أو رطوبة فيزول في الخريف ، والمشهور أنّه ليس لها النسخ قبل المرافعة ومضيّ المدة المذكورة .

وقد تقدم نقل خلاف ابن الجنيّد وقوله: إنّ كانت العنة متقدمة على العقد جاز للمرأة الفسخ في الحال ، وإن كانت حادثة بعد العقد اجلّ سنة ، ويدلّ

عليه خبر غياث الضبي و خبر أبي الصباح الكنانسي ، إلا أنهما مطلقان فيحمل إطلاقهما على ما تضمنته الأخبار المقيّدة بذكر السنة .

والمفهوم من الأخبار و كلام الأصحاب أن العجز عن إتيان النساء الذي فسر به العنن ليس باعتبار بعض دون بعض ، لأنه مرض مخصوص يمنع من حركة العضو ثاره مطلقاً ، وهو لا يختلف باختلاف النسوة ، فأما مع العجز عن امرأة مخصوصة فإنه قد يتفق ويكون لانجاس الشهوة عنها بسبب نفرة أو حياء أو نحو ذلك ، ولا يكون بذلك عتياً ، وقد يكون له نوع اختصاص بالقدر على جماعها بالانس بها والميل إليها وانتفاء ذلك من غيرها ، ولا فرق في العنة عندهم بين كونها خلقية أو عارضة ، ولا في العارضة بين كونها قبل العقد و بعده قبل الدخول ، و أما بعد الدخول فقد تقدم أن الأشهر الأظهر عدم الخيار و حيث يختار لها الفسخ فلها نصف المهر ، وإن كان على خلاف القاعدة المقررة بينهم ، لصحيفة أبي حمزة ، وقد تقدمت و تقدم الكلام في ذلك والله العالم .

المطلب الثالث في التدليس : تفعيل من الدلس و هو الظلمة ، قال في كتاب المصباح المنير ^(١) : دلس البائع تدليساً كتم عيب السلعة من المشتري وأخفاه . وقال الخطابي وجماعة ويقال : دلس دلساً من باب ضرب ، والتشديد أشهر في الاستعمال . قال الأزهري : سمعت أعرابياً يقول : ليس لي الأمر دنس و لادلس ، أي لا خيانة ولا خديعة ، والدلسة بالضم الخديعة أيضاً . وقال ابن فارس : أصله من الدلسة وهي الظلمة ، إنتهى .

أقول : ومنه يعلم أنه لغة بمعنى الظلمة والمخادعة ، وكان المدلس لما أتى بالمعيب أو الناقص إلى المخدوع وقد كتم عليه عيبه ونقصاته أتاه به في الظلمة وخدعه . قال في المسالك : والفرق بينه - يعني التدليس - وبين العيب أن التدليس لا يثبت إلا بسبب اشتراط صفة كمال ، وهي غير موجودة أو ما هو في معنى الشرط ،

(١) المصباح المنير ص ٢٧٠ .

ولولاه لم يثبت الخيار بخلاف العيب، فإن منشأ وجوده، وإن لم يشترط الكمال وما في معناه فمرجع التدليس إلى إظهار ما يوجب الكمال أو إخفاء ما يوجب النقص، ومنشأ الخيار فوات مقتضى الشرط أو الظاهر، إنتهى .

وظاهر هذا الكلام يقتضي أن للتدليس معنى أخص فيقابل العيب، ومعنى أعم يشمل به العيب، والمفهوم من كلام أهل اللغة هو الثاني، إلا أنه سبب الخيار في العيب غيره بالنسبة إلى إظهار ما يوجب الكمال، وكيف كان فالأمر في ذلك سهل بعد وضوح المقصود .

وتحقيق الكلام في هذا المطلب يقع في مسائل :

الاولى : إذا تزوج امرأة على أنها حرة باشرط ذلك في نفس العقد فبانت أمة ، فللزوج فسخ النكاح إذا وقع النكاح بإذن المولى وكان ممن يجوز له نكاح الاماء ، أما بدون ذلك فإنه يقع العقد باطلاً في الثاني ، وفي الأول موقوفاً على الاجازة على المشهور، وقيل : إنه باطل ، وهو الأظهر ، ولا فرق في جواز الفسخ في الصورة المذكورة بين الدخول بها وعدمه .

أما ثبوت الفسخ فلأن ذلك قضية الشرط دخل أم لم يدخل ، فإن التصرف لا يسقط خيار الشرط كما سبق في موضعه ، أما لو وقع ذلك بغير شرط ، بل أخبرته أو أخبره المتولي لنكاحها بالحرية فتزوجها لذلك على وجه حصل به التدليس بأن وقع الخبر في معرض التزويج ، ففي إلحاقه بالشرط قولان ناشئان من تحقق التدليس وأصالة لزوم العقد ، ونقل عن الشيخ في المبسوط أنه صرح باختصاص الحكم بما لو شرط ذلك ، وعن القواعد أنه صرح بمساواة الأمرين .

قال في المسالك : عبارة المصنف وجماعة يحتمل إرادة القسمين ، وكذلك الرواية التي هي مستند الحكم ، وهي رواية الوليد بن صبيح^(١) عن أبي عبد الله

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٧٧

عَلَيْهَا فِي رَجُلٍ تَزَوَّجَ امْرَأَةً حُرَّةً فَوَجَدَهَا أَمَةً قَدْ دَلَّسَتْ نَفْسَهَا ، إِلَى آخِرِهِ ، إِنْ تَهَيَّ .
وظاهر السيد السند في شرح النافع القول بمساواة الأمرين حيث قال : إذا
زوج امرأة على أنها حرة فظهرت أمة ، سواء شرط ذلك في نفس العقد أو ذكر
قبله . وجرى العقد عليه ، كان للزوج فسخ النكاح - إلى أن قال : - أما ثبوت
الفسخ مع اشتراط ذلك في العقد فظاهر ، لأن ذلك فائدة الشرط ، وأما مع ذكره
قبل العقد وجرى ان العقد عليه ، فإن التراضي إنما وقع على هذا الوجه المخصوص ،
فإذا لم يبطل العقد بفواته فلا أقل من ثبوت الخيار ، انتهى .

أقول : لم أقف لما ذكره من الحكم بأن له الفسخ في الصودة المذكورة على
نص واضح ، إلا أنه في صودة الشرط الظاهر أنه لا إشكال فيه عملاً بقضية الشرط
وهو موضع اتفاق ، وأما مع عدمه فليس إلا ما ذكره السيد السند هنا ، وظاهر
جملة منهم الاستدلال على ذلك برواية الوليد بن صبيح التي أشار إليها في المسالك ،
وهي ما رواه عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة حرة فوجدها أمة قد دلسَتْ نفسها
قال : إن كان الذي زوّجها إيساه من غير مواليتها فالتكاح فاسد ، قلت : وكيف
يصنع بالمهر الذي أخذت منه ؟ قال : إن وجدتموها أعطوها شيئاً فليأخذنه ، وإن
لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها ، وإن كان زوّجها إيساه ولي لها ارتجع على وليها
بما أخذت منه ، ولو ألبسها عليه عشر ثمنها إن كانت بكرًا ، وإن كانت غير بكر
فنصف عشر قيمتها بما استحل من فرجها ، قال : وتمتد منه عدة الأمة ، قلت :
فإن جاءت منه بولد ؟ قال : أولادها منه أحرار إذا كان النكاح بغير إذن الولي^(١) .
و أنت خير بأن هذه الرواية لادلالة فيها على المدعى ، وإنما الظاهر

(١) أقول : ربما يتسارع الى الهمم المغايرة بين لفظ الولي في الرواية والموالي وهو باطل ، فإنه
لا ولي للأمة إلا مولاه ، فالولي بالنسبة إليها والمولى بمعنى واحد كما لا يخفى ، ويؤيده قرينة
المقابلة بينه وبين قوله في صدر الخبر « إن كان الذي زوجه إيساه من غير مواليتها » فإنه ظاهر
في كون الولي من مواليتها . (منه - قدس سره -) .

منها أنه متى كان الذي زوجها من غير مواليها فالنكاح فاسد ، وفيه رد لما يدعونه من أنه موقوف على الإجازة كما تقدمت الإشارة إليه ، ومتى كان المزوج لها من مواليها فإنه يرجع عليه بالمهر الذي أخذته منه ، وهو ظاهر في بطلان النكاح ، ولكن لمولوها عوض ما استحل من فرجها العشر أو نصف العشر ، والمدعى هو أنه لو كان التزويج بإذن المولى والتدليس إنَّما وقع منه فإنَّ الزوج يتخير بين الرضا بالعقد وفسخه ، والرواية إنَّما تدلُّ بظاهرها على البطلان ، لقضية الرجوع على المولى بالمهر الذي دفعه ، وحينئذٍ فالخبر بالدلالة على خلاف ما يدعونه أنسب ، وإلى ما ذكرناه أقرب .

وأما ما اشتمل عليه صدر الخبر من أنه إذا كان الذي زوجها إتياء من غير مواليها فالنكاح فاسد ، وأنه يرجع بالمهر عليها فيأخذ مما وجده دون أن يرجع على الذي زوجها ، فيجب حمله على عدم علم الذي زوجها بالتدليس كما يشير إليه قوله « دكست نفسها » فإنه في هذه الحال إنَّما يرجع عليها ، وأما لو كان المدكس هو الذي زوجها فالرجوع بالمهر إنَّما هو عليه دونها ، كما تقدم تحقيقه . وبالجملـة فالظاهر عندي من الخبر المذكور هو بطلان النكاح في الصورة التي ادعوا أن للزوج الفسخ ، بمعنى التخيير بين الرضا بالعقد وبين فسخه ، فليتأمل في المقام .

ثم إنَّه بناءً على ما ذكره من تخيير الزوج في الفسخ لو فسخ قبل الدخول فإنه لا مهر ، والظاهر أنه لا خلاف فيه كما سبق في العيوب ، وإن فسخ بعده فحيث كان بإذن السيد كما هو المفروض يلزم المسمى ، وأما لو لم يكن بإذنه فإنه بناءً على ما قالوه ، من أن العقد يقع موقوفاً على إذنه تأتي الأقوال الثلاثة المتقدمة في مثله من المسمى أو مهر المثل أو العشر ونصف العشر على التقديرين ، إلا أنك قد عرفت أن الظاهر من الأخبار في هذه الصورة إنَّما هو البطلان .

ومنها رواية الوليد المذكورة وقوله فيها « إن كان الذي زوجها من غير

مواليها فالتكاح فاسد، ونحوها غيرها مما تقدم في المسألة الأولى من الفصل الرابع في نكاح الاماء .

وأنت خبير بأن ما ذكره أيضاً من لزوم المسمى بالدخول متى كان بإذن المولى مشكلاً بما ذكرناه ، من أن المفهوم من رواية الوليد المذكورة هو أنه يرجع في الصورة المذكورة على وليها بالمهر الذي أخذته منه ، ولكن الولي يرجع عليه بالعشر أو نصف العشر ، فالواجب في هذه الحال إنما هو العشر أو نصف العشر ، وفيه إشارة إلى بطلان المسمى في الصورة المذكورة ، والرجوع إلى العشر ونصف العشر .

هذا مقتضى الخبر ، وهم - رضوان الله عليهم - قد نقلوا الخبر المذكور ولم يتكلموا في معناه وما اشتمل عليه من هذه الأحكام بشيء بالكليّة ، وما ذكرناه من بيان معناه وما اشتمل عليه من هذا التفصيل الذي ذكرناه ظاهراً لمن تأمل بعين البصيرة ، ونظر بمقابلة غير حسيرة ، وتناوله بيد غير قصيرة .

ثم إنهم قالوا بناءً على ما ذكره من أن للزوج الفسخ في الصورة المذكورة أنه لو فسخ بعد الدخول فلا كلام في وجوب المهر للمولى ، وأنه لو فسخ بعد الدخول وغرم المهر وما في معناه وتبين بطلان العقد فإنه يرجع به على المدّلس ، وقد تقدم في أحكام العيوب ما يدل عليه .

ثم إنه لا يخلو إما أن يكون المدّلس هو المرأة أو مولاها أو أجنبيّاً ، فإن كانت هي المدّلسة لم يكن الرجوع عليها حال الرقبة ، لأنه يكون كالرجوع على المولى وهو باطل ، بل إنما يرجع عليها بعد العتق واليسار ، فإن لم يكن دفع المهر إليها غرمه المولى ، لأنه له ، ولكن يرجع به عليها كما عرفت على الوجه المتقدم ، وإن كان قد دفعه إليها استعاده ، لأنه باقٍ على ملكه حيث إن قبضها إنشاءً فاسد إن كانت عينه باقية كلاً أو بعضاً ، وتبعها بالباقي حسبما تقدم ، وإن كان المدّلس المولى قالوا : فإن أتى في لفظه بما يقتضي العتق ، مثل

قوله هي حرّة، إنشاءً أو إخباراً حكم عليه بحرّيتها إعمالاً للسبب بحسب مقتضاه،
وحينئذٍ فيصحّ العقد ويكون المهر لها دون السيّد، لأنّها قد تحرّرت، ويعتبر
في صحّة النكاح حينئذٍ إذنها سابقاً أو إجازتها لاحقاً كغيرها من الحرائر .
وإن لم يتلفظ بما يقتضي العتق بل نكّلم بكلام يحتمل الحرّية وغيره
فلا شيء للسيّد، ولا للمملوكة، أمّا المملوكة فإنّها لا تستحقّ من مهرها شيئاً،
والسيّد وإن استحقّه بالدخول إلّا أنّ للزوج الرجوع عليه لتدليسه عليه وتغيّره
إياه، ولأوجه لدفعه إليه ثمّ استرجاعه منه .

وهل يستثنى للسيّد أقلّ ما يصحّ أن يجعل مهرأ وهو أقلّ ما يتمول أو
أقلّ ما يكون مهرأ أمثالها كما ذهب إليه ابن الجنيّد؟ قيل: لا، وهو ظاهر اختيار
المحقّق تمسّكاً بإطلاق ما دلّ على الرجوع على المدكّس ممّا غرّمه وإن كان هو
المولى . وقيل: نعم، لأنّ الوطء المحرم في غير صورة التحليل يمتنع خلوّه من
العوض، واجيب بأنّ العوض متحقّق لكن يرجع به على المدكّس .

أقول: قد تقدم الكلام في هذا المقام في المسألة الثالثة من المطلب الثاني، وقد
ذكرنا ثمة أنّ ما ادعوه من هذه القاعدة، وهو أنّ الوطء المحرم يمتنع خلوّه
من العوض على إطلاقه ممنوع، بل ظاهر الأخبار خلافه كما قد منّا بيانه وشيّدنا بنيانه.
وإن كان المدكّس أجنبيّاً رجّع عليه بجميع المهر المسمّى للمولى . قالوا:
ولو دفعه إليها في هذه الصورة وتلف في يدها غرم مهرأ آخر للسيّد ورجع به
على المدكّس، لأنّ دفعه لها غير شرعي، حيث إنّ المهر للمولى، فيجب عليه دفعه
مرة أخرى للمولى، ويرجع به على المدكّس .

أقول: حيث إنّ لم يرد في الأخبار ما له تعلّق بهذه المسألة إلّا رواية الوليد
ابن صبيح المتقدمة بالتقريب الذي ذكرناه فيها، فإنّه يعسر الجمع بينها وبين
ما قرره في هذا المقام في جملة من المواضع :

(منها) إنهم ذكروا في صورة ما إذا كانت هي المدكسة ، أنه لو دفع إليها المهر استعاده إن كان موجوداً كلاًّ أو بعضاً ، وإن لم يكن تبعها به العتق واليسار ، وظاهر الرواية في هذه الصورة كما بيناه أنه إن لم يجد شيئاً فلا شيء له عليها . (ومنها) إن ما ذكره في صورة تزويج المولى لها من التفصيل في الألفاظ التي حصل بسببها التدليس من حصول العتق بها في بعض وعدم حصوله في آخر يردّه إطلاق الخبر المذكور فإن غاية ما دلّ عليه أنه إذا زوّجها الولي - وهو الذي عرفت أن المراد به المولى - فإنه يرجع عليه بما أخذت منه أعم من أن يأتي بتلك الألفاظ المذكورة أو غيرها ، ويؤيده أن الحكم بحصول العتق بمجرد تلك الألفاظ كما ذكره من غير قصد إليه - ولا سيما أنه مشروط بالقربة ولم تحصل - مشكل .

(ومنها) ما تقدم ذكره من أن مقتضى كلامهم أنه متى كان النكاح بغير إذن المولى فإنه يقع صحيحاً موقوفاً على إجازته ، والخبر المذكور صريح في أن النكاح فاسد ويعضده في ذلك جملة من الأخبار التي قد تقدمت الإشارة إليها . (ومنها) ما تقدم الإشارة إليه أيضاً من أنهم صرحوا بأنه متى كان التزويج بإذن السيّد فإن له المسمّى مع الدخول ، مع أن الرواية المذكورة تدلّ بناءً على ما شرّحناه في معناها على أن الزوج يرجع على السيّد بالمهر المسمّى لتدليسه ، ولكن للسيّد عليه العشر أو نصف العشر بما استحلّ منها ، وهو ظاهر في بطلان المسمّى الذي حكموا به والانتقال عنه إلى العشر أو نصف العشر .

وبالجملة فإن من تأمل الرواية المذكورة حقّ التأمل لا يخفى عليه صحّة ما قلناه ، ولم أر من تعرض للكلام على ما اشتملت عليه من هذه الأحكام ، وقد تقدم الكلام في المسألة بالنسبة إلى المهر والولد في المسألة الرابعة من الفصل الرابع في نكاح الاماء .

المسألة الثانية : إذا تزوجت الحرة عبداً على أنه حر - وإن كان بمجرد

إخباره قبل العقد بكونه حراً - ثم ظهر كونه عبداً ، فإن كان التزويج بغير إذن مولاه و لم يجز العقد بعد وقوعه كان العقد باطلاً ، وإن كان بإذنه أو إجازته صح العقد وكان للمرأة الفسخ ، ولا فرق في ذلك بين أن تبين الحال قبل الدخول أو بعده إلا أنه إن فسخت قبل الدخول فلامهر ، وكذا لو تبين بطلان العقد لعدم إذن السيد قبل الدخول بها فإنه لامهر لها أيضاً ، وإن فسخت بعد الدخول فلها المهر ، وإن وقع النكاح برضاء السيد كان لها عليه المسمى وإلا كان لها مهر المثل على المملوك يتبع به بعد العتق .

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة حرة قد تزوجت مملوكاً على أنه حرّ فعلت بعد أنه مملوك ، فقال : هي أملك بنفسها إن شاءت قرّت معه ، وإن شاءت فلا ، فإن كان دخل بها بعد ما علمت أنه مملوك وأقرّت بذلك فهو أملك بها ، ورواه الكليني والصدوق .

وما رواه في الكافي ^(٢) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى أمير المؤمنين عليه السلام في امرأة حرة دلس لها عبد فنكحها ولم تعلم إلا أنه حرّ ، قال : يفرق بينهما إن شاءت المرأة .

والروايتان صريحتان في ثبوت الخيار لها بعد العلم وإطلاقها دال على أنه لا فرق في ذلك بين كون ذلك بعد الدخول أو قبله ، وأما باقي الأحكام فهي معلومة مما سبق في غير مقام .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٨ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٧ ح ١٣ وفيها « سألت أبا جعفر » ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١١ ح ١ ، وما في المصادر اختلاف يسير مع ما نقله - قدس سره - .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٠ ح ١ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٦ ح ٢ .

المسألة الثالثة : اختلف الأصحاب فيما لو عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيرة فبانت بنت أمة، فقال الشيخ في النهاية أن له ردها، فإن لم يكن دخل بها لم يكن لها عليه شيء وكان المهر على أبيها، وإن كان قد دخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها، وقال ابن البراء : إذا تزوج من رجل على ابنته أنها بنت مهيرة فوجدتها بنت أمة كان مخيراً بين ردها وبين إقرارها على العقد، فإن ردها فعلى قسمين: إما أن يكون دخل بها فعليه المهر بما استحل من فرجها، وإن لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء، وقد ذكر أن المهر يجب لها على أبيها إذا لم يدخل بها، والأولى أن ذلك لا يجب.

وقال الكيدري : إن لم يدخل بها فلا شيء عليه والمهر على أبيها على ما روي، والأصل أنه غير واجب.

وقال ابن إدريس : إن لم يكن دخل بها لم يكن عليه شيء، وروي أن المهر على أبيها، وليس عليه دليل من كتاب ولا سنة مقطوع بها ولا إجماع، والأصل براءة الذمة، فمن شغل ذمة الأب بالمهر يحتاج إلى دليل، وإن دخل بها كان المهر عليه بما استحل من فرجها، ورجع على أبيها به، فإن رضي بعد ذلك بالعقد لم يكن له بعد رضا الرجوع بالمهر ولا خيار الرد.

وقال المحقق في الشرايع : قيل : إذا عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيرة فبانت بنت أمة كان له الفسخ، والوجه ثبوت الخيار مع الشرط لامع إطلاق العقد، فإن فسخ قبل الدخول فلا مهر، ولو فسخ بعده كان لها المهر ويرجع به على المدكس أباً كان أو غيره.

أقول : وقد اتضح بما ذكرناه أن الخلاف هنا في مواضع ثلاثة : (أحدها) إنه مع عدم الدخول بها هل يثبت لها المهر على أبيها أم لا ؟ والأول قول الشيخ في النهاية خاصة، والثاني هو المشهور . و (ثانيها) إنه هل الحكم في هذه الصورة هو ردها على أبيها كما ذكره

الشيخ ، أو أنه يتخير بين الرد والقبول كما هو المشهور .
و (ثالثها) إنه على تقدير أن الحكم هو الخيار كما هو المشهور ، هل الخيار
منصوص بما إذا شرط كونها بنت مهيّرة في أصل العقد أو مطلقاً ؟ عبارة المحقق
المذكورة صريحة كما ترى في الأول ، ومثله العلامة في المختلف حيث قال : والوجه
عندي أنه لا خيار إلا مع الشرع ، واختاره في المسالك فقال - بعد أن نقل عن
المحقق ذلك - : وهذا هو الأقوى وظاهر الأكثر الثاني .

ثم إن الأصحاب ذكروا مسألة أخرى على أثر هذه المسألة ، فقالوا : لو
زوجه بنت مهيّرة وأدخل عليه بنته من أمة فعليه ردها ، ولها مهر المثل
إن دخل بها ، ويرجع به على من ساقها إليه ويردّ عليه التي زوجه بها ، وكذا
كل من أدخل عليه غير زوجته فظنّها زوجته ، قالوا : والفرق بين المسألتين أن
العقد في السابقة على بنت الأمة مع دخوله على أن تكون بنت الحرة ، فلذا كان
له الخيار لفوات شرطه ، أو ما أقدم عليه ، وفي هذه الصورة وقع على بنت الحرة
باتفاقهما ، وإنما أدخل عليه بنت الأمة بغير عقد ، والحكم بوجوب ردّ التي
أدخلت عليه ظاهر ، لأنها ليست هي المعقود عليها ، ولها مهر المثل إذا دخل بها
جاهلاً بالحال ، لأنه وطء شبهة ، ومهر المثل عوضه ، ويرجع به على المدّلس الذي
ساقها إليه لغروره .

و قال الشيخ في النهاية^(١) : و متى كان للرجل بنتان أحدهما بنت مهيّرة
والأخرى بنت أمة فعقد الرجل على بنته من المهيّرة ، ثم أدخل عليه بنته من أمة
كان له ردها ، وإن كان قد دخل بها وأعطّاها المهر كان المهر لها بما استحلّ من
فرجها ، وإن لم يكن دخل بها فليس لها عليه مهر ، و على الأب أن يسوق إليه
ابنته من المهيّرة ، و كان عليه المهر من ماله إذا كان المهر الأول قد وصل إلى

ابنته الاولى ، وإن لم يكن قد وصل إليها ولا يكون قد دخل بها كان المهر في ذمة الزوج .

وقال ابن البراء ج : وإن كان الرجل قد دفع الصداق إلى الاولى لم يكن لهذه عليه شيء ، ووجب على أبيها في ماله صداقها دون الزوج .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) في الموثق عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن رجل خطب إلى رجل ابنة له من مهيرة ، فلما كان ليلة دخولها على زوجها ادخل عليه ابنة له اخرى من أمة قال : ترد على أبيها وترد إليه امرأته ، ويكون مهرها على أبيها . وهذه الرواية ظاهرة في المسألة بل صريحة في المسألة الثانية لدالتها على أن التي ادخلت عليه غير الابنة التي وقع العقد عليها ، وقد حكم عليه السلام بأنه ترد الابنة التي ادخلت عليه إلى أبيها لأنها ليست هي الزوجة ، ويرد إلى الرجل ابنته التي وقع عليها العقد لأنها زوجته ، ومهرها على أبيها عوض تدليس ، والمهر الذي دفعه أولاً للتي ادخلت عليه بناءً على أنه دخل بها ، والرواية وإن كانت مجملة في ذلك إلا أن هذا التفصيل معلوم مما سيأتي إن شاء الله تعالى .

و ما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح أو الحسن قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يخطب إلى الرجل ابنته من مهيرة فأتاه بغيرها ، قال : ترد إليه التي سميت له بمهر آخر من عند أبيها ، والمهر الأول للتي دخل بها . وهذه الرواية أيضاً ظاهرة بل صريحة في المسألة الثانية ، وأن التي ادخلت عليه غير زوجته المعقود بها ، وقد كسني عن العقد في الخبرين بالخطبة ، وقد حكم

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣

ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٦ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٣

ح ١ .

عَلَيْهِ السَّلَامُ بَأَنَّهُ مَاسَاقَهُ الزَّوْجَ مِنَ الْمَهْرِ يَكُونُ لِلَّتِي ادْخَلَتْ عَلَيْهِ لِمَكَانِ دَخُولِهِ بِهَا مَعَ جَهْلِهِ بِالْحَالِ ، وَأَنَّ عَلَى الْأَبِ أَنْ يَدْفَعَ لَزَوْجَتِهِ الَّتِي عَقَدَ بِهَا عَلَيْهِ الْمَهْرَ مِنْ مَالِهِ .
وَالرَّوَايَتَانِ الْمَذْكُورَتَانِ كَمَا تَرَى عَلَى خِلَافِ قَوَاعِدِهِمْ ^(١) مِنْ إِيْجَابِ مَهْرِ الْمِثْلِ لِلَّتِي ادْخَلَتْ عَلَيْهِ لِأَنَّهُ نِكَاحُ شَبْهَةٍ ، وَهُوَ مَوْضِعُ مَهْرِ الْمِثْلِ ، وَأَنَّهُ يَرْجِعُ بِهِ عَلَى الْأَبِ لِتَدْلِيْسِهِ ، مَعَ أَنَّ الرَّوَايَتَيْنِ ظَاهِرَتَانِ فِي أَنَّ لَهَا الْمَهْرَ الَّذِي سَاقَهُ الزَّوْجُ أَوَّلًا ، وَمَقْتَضَى قَوَاعِدِهِمْ أَنَّهُ يَجِبُ لِلزَّوْجَةِ الْمَهْرَ الَّذِي سَمِيَ فِي الْعَقْدِ ، وَيَجِبُ عَلَى الزَّوْجِ دَفْعُهُ لَهَا ، مَعَ أَنَّهُ عَلَيْهِ السَّلَامُ حَكَمَ فِي الْخَبَرَيْنِ بِإِيْجَابِهِ عَلَى الْأَبِ .

وَيَعْبُذُ هَذَيْنِ الْخَبَرَيْنِ أَيْضًا مَا رَوَاهُ الثَّقَةُ الْجَلِيلُ أَحْمَدُ بْنُ مُحَمَّدٍ بْنُ عِيْسَى فِي كِتَابِ النُّوَادِرِ ^(٢) عَنْ ابْنِ أَبِي عَمِيرٍ عَنْ حَمَّادٍ عَنِ الْحَلْبِيِّ عَنْ أَبِي عَبْدِ اللَّهِ عَلَيْهِ السَّلَامُ قَالَ :
إِنْ عَلِيَ السَّلَامُ قَضَى فِي رَجُلٍ ابْنَتَانِ إِحْدَاهُمَا لِمَهْرَةٍ وَالْأُخْرَى لَامٌ وَلَدَ ، فَزَوْجَ ابْنَتِهِ الْمَهْرَةَ فَلَمَّا كَانَ لَيْلَةَ الْبِنَاءِ ادْخَلَتْ عَلَيْهِ ابْنَتَهُ لَامٌ وَلَدَ فَوَقَعَ عَلَيْهَا ، قَالَ :
تَرَدَّ عَلَيْهِ امْرَأَتُهُ الَّتِي كَانَتْ تَزَوِّجُهَا ، وَتَرَدَّ هَذِهِ عَلَى أَبِيهَا ، وَيَكُونُ مَهْرُهَا عَلَى أَبِيهَا .
وَرَوَاهُ الصَّدُوقُ فِي الْمَقْنَعِ ^(٣) مَرْسَلًا ، قَالَ : قَضَى عَلِيُّ السَّلَامُ الْحَدِيثَ .

أَقُولُ : قَوْلُهُ « وَيَكُونُ مَهْرُهَا عَلَى أَبِيهَا » رَاجِعٌ إِلَى الَّتِي كَانَتْ قَدْ تَزَوَّجَهَا

(١) قَالَ السَّيِّدُ السَّنَدُ فِي شَرْحِ النَّافِعِ : مَا تَضَمَّنَتْهُ الرِّوَايَةُ مِنْ كَوْنِ مَهْرِ الزَّوْجَةِ عَلَى أَبِيهَا مُخَالَفٌ لِلْأَصْلِ ، وَيُمْكِنُ حَمْلُهَا عَلَى أَنَّ الْمُسَمَّى مَسَاوِلَ مَهْرِ الْمِثْلِ ، فَإِنْ مَا أَخْلَتْهُ الَّتِي دَخَلَ بِهَا مِنَ الْمَهْرِ يَكُونُ لِلشَّبْهَةِ ، وَيَرْجِعُ إِلَى أَبِيهَا إِذَا كَانَ قَدْ سَاقَهَا إِلَيْهِ وَيَدْفَعُ إِلَى ابْنَتِهِ الْآخَرَى ، وَيَكُونُ ذَلِكَ مَعْنَى كَوْنِ الْمَهْرِ مِنْ عِنْدِ أَبِيهَا ، إِنْتَهَى .

وَلَا يَخْفَى مَا فِيهِ مِنَ التَّعْسُفِ الظَّاهِرِ ، وَأَيُّ ضَرُورَةٍ تَلْجِيءُ إِلَى ذَلِكَ ، إِذْ مِنَ الْجَائِزِ بَلْ هُوَ الظَّاهِرُ أَنَّ الْحُكْمَ بِذَلِكَ وَإِنْ كَانَ عَلَى خِلَافِ الْقَوَاعِدِ إِلَّا أَنَّهُ وَقَعَ عَقُوبَةٌ وَمُؤَاخَلَةٌ لِلْأَبِ بِمَا فَعَلَهُ مِنَ التَّدْلِيْسِ ، وَلَهُ نَظَائِرٌ قَدْ تَقَدَّمَتْ . (مِنْهُ - قَدْ سَرَهُ -) .

(٢) النُّوَادِرُ ص ٦٥ ، الْبَحَارُ ج ١٠٣ ص ٣٦٥ ح ٢٤ ، الْوَسَائِلُ ج ١٤ ص ٦٠٣ ح ٣ .

(٣) الْوَسَائِلُ ج ١٤ ص ٦٠٣ ذَيْلُ ح ٢ .

كما صرح به الخبر المتقدم .

ويؤكده أيضاً مارواه ابن شهر آشوب في كتاب المناقب^(١) عن إسحاق بن موسى بإسناده "أن رجلاً خطب إلى رجل ابنة له عريّة فأنكحها إياه ، ثم بعث إليه بابنة له أمها أعجميّة فعلم بذلك بعد أن دخل بها ، فأبى معاوية وقص عليه القصة فقال: معضلة لها أبو الحسن ، فاستأذنه وأتى الكوفة وقص على أمير المؤمنين عليه السلام فقال : على أبي الجارية أن يجهز لابنة التي أنكحها إياه بمثل صداق التي ساق إليه فيها ، ويكون صداق التي ساق منها لاختها بما أصاب من فرجها ، وأمره أن لا يمسّ التي تزف إليه حتّى تقضي عدتها ، ويجلد أبوها تكالماً فعل ،^(٢) . وأنت خبير بأن هذه الأخبار بعد حمل مجملها على مفصلها قد اتفقت على أن الحكم في المسألة الثانية هو وجوب مهر الزوجة التي أخرج دخولها على أبيها ، والمهر الذي ساق الزوج أولاً يكون للتي ادخلت عليه لمكان الدخول بها ، وإن كان ذلك على خلاف قواعدهم المشهورة إلا أنه صريح كلام الشيخ في النهاية كما قدمناه ، وكذا كلام ابن البرّاج ، والمشهور بين المتأخرين خلافه كما عرفت ممّا قدمنا نقله عنهم .

قال العلامة في المختلف - بعد ذكر المسألة الثانية و نقل قول الشيخ في النهاية بنحو ما نقلناه آنفاً وذكر رواية محمد بن مسلم الأولى - : و الحق أن نقول إن كانت الأولى عالمة بأنها ليست الزوجة ودخل بها على علمها بالتحريم لم يكن لها مهر لأنّها زانية ، وإن لم تكن عالمة أوجهلت التحريم كان لها مهر مثلها - إلى أن

(١) المناقب ج ٢ ص ٣٧٦ ، البحار ج ١٠٣ ص ٣٦١ ح ٣ .

(٢) قد تضمنت هذه الرواية زيادة على غيرها من روايات المسألة عدم جواز وطء زوجته حتى

تتقضي عدة التي أدخلت عليه ، والوجه فيه ظاهر حيث أنها اختها ، ونكاحها صحيح لأنه نكاح شبهة ، والوطء ما دامت في العدة يستلزم الجمع بين الأختين ، وتضمنت جلده تأديباً جزء لما فعله من التلليس وإرتكاب أمر محرم شرعاً . (منه - قدس سره -) .

قال: - وأما الأولى فلها مهرها على الزوج لأنه لا يسقط بدفع الزوج إلى الثانية ،
ثم الزوج يطالب الأب الرافع بمادفعه الزوج إلى الثانية لأنه غرته ، إنتهى .
وفيه أنه وإن كان ذلك مقتضى قواعدهم المقررة ، لكن اتفاق هذه الروايات
ودلائها صريحاً على ما ذكرناه يمنع من ردها وطرحها في مقابلة ما ذكره سيما
مع ما عرفت في غير موضع مما تقدم من وقوع نحو ذلك في مواضع لا تحصى كثرة .
وكيف كان فجملة هذه الأخبار إنما تضمنت حكم المسألة الثانية ، وليس
غيرها في الباب ، وعلى هذا فالمسألة الأولى خالية من الدليل ، وإن كثر فيها القول
والقول ، وما ذكره فيها من الرواية بأن مهر تلك المرأة مع عدم الدخول بها
على أيها لم تقف عليه في خبر بالكليّة ، وكذا المواضع التي وقع فيها الخلاف
كما قدمنا ذكره لم تقف فيها على خبر .

وبالجملة فإنه لم يصل إلينا خبر يتضمن تلك المسألة بالكليّة ، وإنما
الذي وصل إلينا هذه الأخبار التي ذكرناها ، وموضعها إنما هو المسألة الثانية ،
وحينئذٍ فيشكل الكلام فيها وإن أمكن بالنظر إلى تقرّباتهم العقلية في بعض
المواضع منها ، إلا أنها غير معمول عليها عندنا كما عرفت في غير موضع مما تقدم .
و العلامة في المختلف بعد أن اختار فيها أنه لا خيار إلا مع الشرط كما
قدمنا نقله عنه قال : والشيخ عول على رواية محمد بن مسلم عن الباقر عليه السلام ،
ثم ساق الرواية الأولى من روايته ، ثم قال : وإن كان ضامناً في هذه الصورة فكذا
في المتنازع لعدم التفاوت ، وفي إيجاب المهر على الأب إشكال ، إنتهى .

وأنت خير بأن ظاهر كلامه أن الشيخ إنما قال بوجوب المهر على الأب
في المسألة الأولى إلحاقاً لها بالمسألة الثانية ، حيث أوجب على الأب المهر للزوجة ،
ولا يخفى أنه مع كونها قياساً ، فهو قياس مع الفارق ، لأن التي حكم بإيجاب المهر
لها على الأب في المسألة الأولى ليست زوجة ، لأن الشرط والتراضي إنما وقع
على بنت المهيّرة ، وهذه إنما هي مدلسة ، ولذا حكم بردّها على أيها ، ومن أجل

ذلك استشكل أيضاً في إيجاب المهر على الأب ، والتي حكم بإيجاب المهر لها في المسألة الثانية زوجة شرعية مستحقة للمهر ، لكن لما كان الأب سبباً في فوات مهرها باستحقاق الاخت التي ادخلت عليه لدخوله بها ، غرم المهر عقوبة لابنته التي أخر إدخالها على زوجها .

وبالجملة فالمسألة حيث كانت عارية عن النص " فالكلام فيها مشكل ، وحسب الفكر عن الجولان في ميدانها أوفق بالامتثال لما أمروا به في أمثالها .

فوائد

الاولى : قد وقع التعبير بالمهيرة في الأخبار وكلام الأصحاب ، وفي الحديث كان لداود ^(١) ثلاثمائة مهيرة ، وسبعمائة سريّة . وهي فعيلة بمعنى مفعولة ، والمراد بها على ما ذكره أهل اللغة الحرة كالجوهري وغيره ، سميت بذلك لأنها لا ينكح إلا بمهر ، بخلاف الأمة فإنها قد توطأ بالملك والتحليل . قال في القاموس ^(٢) المهيرة هي الحرة الغالية المهر . وفي الصحاح ^(٣) : المهيرة هي الحرة ..

الثانية : قال في المسالك : واعلم أنه لا فرق في بنت المهيرة بين كون أمها حرة في الأصل ، أو معتقة لما عرفت من أن المراد منها لغة الحرة ، وهي شاملة لهما ويحتمل ضعيفاً ^(٤) الفرق ، بناء على أن المعتقة يصدق عليها أنها كانت أمة ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٧ ح ٥٠ ، الوسائل ج ١٤ ص ١٨١ ح ٩ ، وما في المصدرين « كان لسليمان بن داود » .

(٢) القاموس ج ٢ ص ١٣٧ .

(٣) الصحاح ج ٢ ص ٨٢١ .

(٤) أقول : أشار بهذا الإحتمال الى ما ذكره جملة منهم السيد عميد الدين في شرح القواعد فانه استشكل في المسألة لهذا الإحتمال ، والمذكور فيها جوابه (منه - قدس سره) .

إذ لا يشترط في صدق المشتق بقاء المعنى المشتق منه، ولا يخفى ضعفه إذ لا اشتقاق هنا، بل الأمة إسم للرقبة، وهو منتف بعد العتق، وتعريف أهل اللغة ينافيه، إنتهى.
الثالثة : لا يخفى أن ما صرحت به أخبار المسألة الثانية من ثبوت المهر لمن ادخلت عليه مبني على الدخول بها مع عدم علمها بالحال ، وإلا فلو كانت عالمة بأنها ليست زوجته فإنه لا شيء لها لأنها زانية ، ولو علم هو مع جهلها كان هو زانياً ، ولكن لها مهر المثل عند الأصحاب لموضع الشبهة ، والمهر الذي تضمنته الأخبار، هذا مع الدخول بها وإلا فلا شيء لها على الرجل الذي ادخلت عليه ولا غيره، لأنها ليست معقوداً عليها ولا موطوءة ، والله أعلم .

المسألة الرابعة : إذا تزوج الرجل امرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً فظاهر كلام جملة من الأصحاب التفصيل في ذلك بأنه إن كان شرط كونها بكراً وثبت سبق الثيبوبة على العقد فإنه يجوز له الفسخ لفوات الشرط المقتضي للتخيير كنظائره، وإلا فلا، لأن الثيبوبة في نفسها ليست عيباً بحيث ترد به المرأة ، ولذلك لم يذكر في العيوب المتقدمة ، وإنما جاز الفسخ من حيث الشرط .

ويثبت سبق الثيبوبة بإقرارها وبالبيينة ، أو بقرائن الأحوال المفيدة للعلم ، ولو تجددت الثيبوبة بعد العقد فلا خيار أيضاً ولا رجوع لعدم المقتضى ، وما تجدد بعد العقد من جملة العوارض اللاحقة لها لا توجب شيئاً ، ولا يترتب عليها أثر ، ولو اشتبه الحال بأن لم يعلم تقدم ذلك على العقد أو تأخره عنه ، فلا خيار أيضاً لأصالة عدم التقدم، ثم إنه متى فسخ فإن كان قبل الدخول فلا شيء لها ، وإن كان بعده فقد استقر المهر و يرجع به على المدكس ، وإن كانت هي المدكسة فلا شيء لها ، إلا أنهم قالوا هنا جرياً على ما تقدم من نظائر هذا الموضع أنه يستثنى لها أقل ما يصلح لأن يكون مهراً كما هو أحد القولين .

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذا المقام ما رواه ثقة الاسلام^(١) في الصحيح

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١٠

عن محمد بن القاسم بن الفضيل عن أبي الحسن عليه السلام في الرجل يتزوج امرأة على أنها بكر فيجدها ثيباً ، يجوز له أن يقيم عليها ؟ قال : فقال : قد تفتق البكر من المركب ومن النزوة .

وما رواه في الكافي والتهذيب ^(١) في الصحيح عن محمد بن جزيك قال : كتبت إلى أبي الحسن عليه السلام أسأله عن رجل تزوج جارية بكراً فوجدها ثيباً ، هل يجب لها الصداق وافيّاً أم ينتقص ؟ قال : ينتقص .

و ظاهر الخبر الأول يتناول من اشترط بكارتها في العقد أو ذكرت قبله وجرى العقد عليها من غير اشتراط له في نفس العقد ، وأنه مع عدم العلم بالتقدم على العقد يجوز تجده بأحد الوجهين المذكورين فلا يوجب ذلك الخيار ، و ظاهر الثانية هو أنه مع ظهور الثيبوبة ينقص شيء من المسمى ، و سيأتي الكلام فيه إن شاء الله تعالى ، وأما باقي الأحكام في المقام فقد علم وجهها مما سبق .

بقي هنا شيء ، وهو أنه حيث لا فسخ إمّا لعدم وجود موجه ، أو لا اختياره للمقام معها وإن جازله الفسخ ، فهل للزوج أن ينقص شيئاً من المهر لظهور الثيبوبة التي هي على خلاف ما وقع عليه الاتفاق من البكارة أم لا ؟ قولان ، والثاني منقول عن أبي الصلاح وابن البراج ^(٢) والأول هو المشهور .

قال أبو الصلاح على ما نقل عنه في المختلف في بحث المهور : إذا تزوج بكراً فوجدها ثيباً وأقرت للزوج بذلك حسب ، أو قامت به البيّنة فليس يوجب الرد ولا نقصاناً في المهر .

و ظاهر هذا الكلام عدم ثبوت الخيار ، وإن تقدم حصول الثيبوبة على العقد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٨ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٤ ص ٦٠٥ ب ١٠ ح ٢ .

(٢) وأما ابن البراج فإنه قال : إذا تزوجها على أنها بكر فوجدها ثيباً جاز أن ينقص من مهرها شيئاً ، وليس ذلك بواجب . انتهى ، وربما أشعرت هذه العبارة بخلاف ما نقل عنه . (منه - قدس سره -) .

وشرط البكارة ، وهو خلاف ما يفهم من كلام الأصحاب كما عرفت ، ولهذا أن العلامة في المختلف قال : و أبو الصلاح إن قصد التزويج بالبكر مع عدم شرط البكارة فهو مسلم ، وإن قصد ذلك مع اشتراط البكارة فهو ممنوع ، ثم إنه على تقدير القول المشهور من جواز أن ينقص من المهر شيئاً فإنهم قد اختلفوا في قدر ذلك على أقوال :

(أحدها) أن ينقص شيء في الجملة ، حيث قد ورد عن الشارع نقص شيء ولم يقدره كما نشعر به صحيحة محمد بن جزيك المتقدمة ، والتقريب فيها استلزام النقص تقدير منقوص ، والمناسب تقدير لفظ شيء مبهم لاقتضاء المقام إياه ، وهذا القول للشيخ في النهاية .
(ثانيها) إن الناقص السدس ، ونقل عن القطب الراوندي في شرح مشكل النهاية محتجاً بأن الشيء في عرف الشرع السدس ، فلهذا حمل عليه في الوصية فكذا هنا ، وغلطه المحقق فقال : بأن الشيء لم يذكر في الرواية ، وإنما وجب تقديره لاقتضاء اللفظ نقصان قدر مبهم ، وهو الشيء المنكر ، لا الشيء المعين الذي هو السدس ، ثم كون الشيء سدساً في الوصية لا يقتضيه في غيرها ، لانقضاء الدليل عليه مع كونه أعم ، ورده العلامة أيضاً في المختلف فقال : الجواب المنع من العرف الشرعي في ذلك ، ولهذا لا يحمل عليه في الاقرار وغيره ، ولا يلزم من تقديره في الوصية تقديره في غيرها ، إذ ليس في الرواية لفظ شيء .

(ثالثها) إنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر والثيب ، وهو قول ابن إدريس حيث قال - على ما نقله في المختلف - : الصحيح أنه ينقص من المسمى مقدار مثل ما بين مهر البكر إلى مهر الثيب ، وذلك يختلف باختلاف الجمال والسن والشرف وغير ذلك ، فلأجل هذا قيل ينقص من مهرها شيء منكسر غير معروف ، واختاره في المختلف ، وهو قول المحقق في الشرايع .

و قد اعترض على هذا القول السيد عميد الدين في شرحه على القواعد فقال : وأنا أقول : إن كلام ابن إدريس ليس جيداً على إطلاقه ، فإنه ربما

أدى إلى سقوط المهر بالكلية ، وذلك لأننا لو فرضنا أن مهرها بكرأ خمسون وثيباً أربعون كان له أن يسقط التفاوت وهو عشرة ، كما قال ابن إدريس ، فلو فرضنا أن المسمى كان عشرة لزم خلو البضع من المهر بإسقاط جميعه ، بل ينبغي أن يقال أنه يسقط نسبة ما بين مهرها بكرأ وثيباً ، ففي هذه الصورة يسقط خمس مازدق عليه العقد ، وذلك ديناران . انتهى وهو جيد ، وقد تقدم نظيره في كتاب البيع . ونقل الشيخ ابن فهد في الموجز عن فخر المحققين أنه رده بأن قيمة المثل يعتبر في المعاوضات المحضة والنكاح ليس منها ، وهو ظاهر في رد قول ابن إدريس . وظاهره في المسالك ^(١) وسبطه في شرح النافع حمل كلام ابن إدريس على ما ذكره السيد عميد الدين من إرادتنا النسبة بين المهرين لاجتماع ما بينهما . ونسبه في المسالك إلى العلامة في التحرير أيضاً ، وقال : وجهه أن الرضاء بالمهر المعين إنما حصل على تقدير اتصافها بالبكارة ولم تحصل إلا خالية من الوصف ، فيلزم التفاوت كأرض ما بين المبيع صحيحاً ومعيباً ، قال : ويضعف بأن ذلك إنما يتم حيث يكون فواته قبل العقد ، أما مع إمكان تجددده فلا ، لعدم العلم بما يقتضي السقوط . انتهى وهو جيد .

(و رابعها) ما نقله في المسالك عن المحقق أيضاً وهو إحالة تقدير ذلك على نظر الحاكم ، لانتفاء تقدير النص شرعاً مع الحكم بأصله بالرواية الصحيحة فيرجع فيه إلى رأي الحاكم ، قال : وهذا القول منسوب إلى المصنف أيضاً وهو أوجه الأقوال ، لثبوت النقص بالرواية الصحيحة وعدم تقديره لغةً وشرعاً ، فلا

(١) حيث قال في ثالثها : أنه ينقص منه مقدار ما بين مهر البكر والثيب أي بنسبة ما بينهما لا

مجموع ما بينهما لثلا يلزم استيعاب المسمى في بعض الموارد بل الزيادة عليه ، فلو فرض مهر مثل البكر مائة والثيب خمسين نقص من الفرض نصف المسمى ، وهو قول ابن إدريس - رحمه الله - ورجحه المصنف - رحمه الله عليه - والعلامة في التحرير ... إلى آخر ما ذكرناه في الأهل . (منه - قدس سره -) .

شيء أنسب له من نظر الحاكم ، وحينئذ فينظر في أصل المسألة برأيه ، إنتهى .
أقول : الموجود من الأقوال في المسألة هو الثلاثة الاول كما ذكره في
المختلف ، ومثله السيد عميد الدين في شرح القواعد ، وهذا القول نقله الشيخ أحمد
ابن فهد عن المحقق في النكت^(١) .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المسألة غير خالية من الاشكال ، والظاهر عندي
ضعف القول الرابع بعد الثاني فإنه أضعف الأقوال ، وما احتج في المسالك لهذا
القول من ثبوت النقص بالرواية ، وعدم تقديره لغةً وشرعاً يعني عدم تقدير الشيء ،
فإنه لا يستلزم الرجوع إلى الحاكم بوجه من الوجوه ، وكيف والحاكم إنما
يجوز له الحكم بشيء بعد قيام دليل عليه عنده ، ولم يرد من الشرع تفويض الأحكام
الشرعية أو تقدير المجهولات إليه يحكم فيها برأيه كما ادعاه من قوله ، وينظر
في أصل المسألة برأيه ، وأي دليل دل على تفويض ذلك إليه يحكم فيه برأيه ،
مع أنهم أخذوا عليه آية ورواية أن لا يحكم إلا بما أنزل الله ، وأقرب هذه الأقوال
القول الأول والثالث ، بل يمكن إرجاعهما إلى قول واحد كما هو ظاهر العلامة
في المختلف حيث قال - بعد اختيار مذهب ابن إدريس - وهو غير منافي لما قاله
الشيخ ، والله العالم .

المسألة الخامسة : قد صرح بجملة من الأصحاب بأنه إذا تزوج رجلان
بامراتين فادخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها ، فلكل واحدة منهما
على واطئها مهر المثل ، وترد كل واحدة على زوجها ، وعليه مهرها المسمى ،
وليس له وطؤها حتى تنقضي عدتها من وطء الأول ، ولو ماتا في العدة أو مات
الزوجان ورث كل منهما زوجة نفسه وورثته .

(١) وظاهر السيد السند في شرح النافع الميل الى هذا القول تبعاً لجده - قدس سرهما - حيث
قال - بعد ذكر الوجه الذي نقلناه عن جده - : ولا بأس به . (منه - قدس سره -) .

وقال الشيخ في النهاية^(١) إذا عقد الرجلان على امرأتين فأدخلت امرأة هذا على هذا، والآخرى على الآخر ثم علم بعد ذلك فإن كانا قد دخلا بهما فإن لكل واحدة منهما الصداق، فإن كان الولي تعمد ذلك، أغرم الصداق، ولا يقرب كل واحد منهما امرأته حتى تنقضي عدتها، فإن ماتا قبل انقضاء العدة فليرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، ويرثهما الزوجان، وإن مات الرجلان وهما في العدة فإنهما يرثانها، ولهما المسمى.

وقال ابن إدريس: والصحيح من الأقوال أن "بموت أحد الزوجين يستقر" جميع المهر كلاً، سواء دخل بها الرجل أو لا.

أقول: والأصل في هذه المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب^(٢) عن جميل بن صالح عن بعض أصحاب أبي عبد الله عليه السلام في اختين أهديتا إلى أخوين في ليلة، فأدخلت امرأة هذا على هذا، وأدخلت امرأة هذا على هذا، قال: لكل واحد منهما الصداق بالغشيان، وإن كان وليهما تعمد ذلك أغرم الصداق، ولا يقرب واحد منهما امرأته حتى تنقضي العدة، فإذا انقضت العدة صارت كل واحدة منهما إلى زوجها بالنكاح الأول، قيل له: فإن ماتا قبل انقضاء العدة؟ قال: فقال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما، ويرثهما الرجلان، قيل: فإن مات الرجلان وهما في العدة؟ قال: ترثانها ولهما نصف المهر المسمى، وعليهما العدة بعد ما فرغان من العدة الأولى تمتدان عدة المتوفى عنها زوجها.

وروى هذه الرواية الصدوق في الفقيه^(٣) عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح أن أبا عبد الله عليه السلام قال: في اختين أهديتا، الحديث، وهو صحيح لأن طريق

(١) النهاية ص ٤٨٨ طقم مع إضافات فراجع.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١١، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٤ ح ٤١، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٦ ب ٤٩ ح ٢.

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٤.

الصدوق إلى الحسن بن محبوب صحيح، وباقي رجاله ثقات، والأصحاب في كتب الاستدلال كالمختلف والمسالك وغيرهما إنما نقلوا الخبر برواية الكليني والشيخ، وردوه بضعف السند، لما عرفت من الارسال، وطعن فيه المسالك باشماله على تنصيف المهر في موت كل منهما، ولا بأس بنقل كلامه، وإن طال به زمام الكلام ليظهر لك ما فيه من صحة أو سقام.

قال - رحمه الله عليه - بعد الكلام في المسألة وذكر الرواية: وقد ظهر أن الرواية ضعيفة بالارسال والقطع معاً، ومع ذلك فالشيخ لم يعمل بموجبها في الزوجين لتضمنتها لثبوت نصف المهر بالموت في كل منهما، والشيخ خصه بموت الزوجة، وأوجب مع موت الزوج المسمى، ولعل لفظ المسمى وقع سهواً، وكان حقه نصف المسمى كما في الرواية، لأنها هي مستند ذكره لها في النهاية، وقد ذكرها الصدوق في المقنع كما ذكرها في التهذيب، ولكن الصدوق لم يجعلها مقطوعة، بل قال: وسئل الصادق عليه السلام عن اختين اهديتا إلى أخوين... إلى آخر الحديث، وفي المختلف اقتصر في نقل الرواية على ما تضمنه كلام الشيخ، وترك حكاية آخرها المتضمن لثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوج، فلم يحصل فيها مخالفة إلا في موضع واحد، وهو ثبوت نصف المهر على تقدير موت الزوجة كما ذكره في النهاية، ثم حمل الرواية على أن المرأتين ليس لهما ولد، فيرجع الزوجان بالنصف فيما دفعاه مهرأ على سبيل الميراث، ورضيه منه المتأخرون، وهذا الحمل مع بعده يتم في جانب الزوج دون الزوجة لحكمه لها أيضاً بالنصف، مع أن أول الرواية تضمن حصول الغشيان وجوب الصداق، وآخرها اقتضى ثبوت النصف بالموت، وحملها على ما وقع ذلك قبل الدخول خلاف ظاهرها، وعلى كل تقدير، فإطراح الرواية لما ذكر من وجه الضعف أولى من تكلف حملها على ما لا تدل عليه، إنه انتهى.

أقول - وبالله التوفيق - إن ما طعن به من ضعف السند فقد عرفت جوابه،

وأنه مبني على نقله الرواية من التهذيب أو الكافي ، وإلا فهي كما عرفت صحيحة في الفقيه ، وعبارة المقنع التي حكاه مبنية على ذلك .

وأما ما طعن به في متن الخبر من اشتماله على تنصيف المهر بموت الزوج والزوجه مع ذكر الغشيان الذي هو كناية عن الدخول في صدر الخبر ، فالجواب عنه أنه لا يخفى أن الغشيان الذي وقع إنتما هو من ذلك الرجل الأجنبي الذي ادخلت عليه المرأة بظن أنه زوجها فجامعها على أنها زوجته ، والصدّاق المذكور الذي استحقّق بالغشيان مراد به مهر المثل الذي ذكره الأصحاب ، حيث إن النكاح هنا وقع نكاح شبهة يوجب مهر المثل ، غاية الأمر أنه عبّر عنه بالصدّاق ، وهو غير بعيد ولا مستغرب .

وأما ما ذكره من السؤال في الرواية بقوله : فإن ماتتا قبل انقضاء العدة ؟ قول : يرجع بنصف الصّدّاق . فالمراد بالصدّاق هنا إنتما هو المسمّى في العقد بين تلك المرأة وزوجها لامهر المثل الذي تقدم في صدر الرواية . وبذلك على ذلك أن هذا السؤال إنتما وقع على أثر قوله : ولا يقرب واحد منهما امرأته حتّى تنقضي العدة ، فإذا انقضت العدة صارت كل امرأة منهما إلى زوجها ، فإنه لما تضمّن وجوب إرجاع كل واحدة منهما إلى زوجها الذي عقد عليها ، بعد أن تنقضي عدة نكاح الشبهة رجع السائل وسأل عن موت أحد الزوجين من المرأة أو الرجل في تلك العدة .

وحاصله يرجع إلى موت أحد الزوجين قبل الدخول وهي مسألة مشهورة سيأتي تحقيق الكلام فيها ، وقد قيل بتنصيف المهر في الموضعين ودلت عليه جملة من الأخبار أيضاً ، وهذا الخبر من جملتها ، وإن عارضها غيرها من الأخبار . وبالجمله فإن كلاً من المرأتين المذكورتين لها صدّاقان : أحدهما وهو مهر المثل على الواطئ لها ، وهو المذكور في صدر الرواية ، والمهر الآخر المسمّى في العقد على الزوج ، وهذا هو الذي وقع السؤال عن وجوبه كلاً أو

تنصيفه بالموت ، وهي مسألة مشهورة ، وأخبارها من الطرفين مأثورة ، وهذا الخبر من جعلتها ، وبذلك يظهر أنه لأطعن من هذه الجهة لوجود القائل ، ودلالة الأخبار على تنصيف المهر في الموضعين ، ولا ضرورة إلى ما تكلفه في المختلف ولا غيره ، ولا إشكال بحمد الملك المتعال في هذا المجال كما لا يخفى على من عرف الرجال بالحق ، لا الحق بالرجال .

ومن روايات المسألة أيضاً وإن لم تشتمل على هذه الأحكام مارواه في الفقيه^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألت عن رجلين نكحوا امرأتين ، فأثنى هذا بامرأة هذا ، وهذا بامرأة هذا ؟ قال : تعتد هذه من هذا ، وهذه من هذا ، ثم ترجع كل واحدة إلى زوجها .

أقول : حكمه عليه السلام بالعدة هنا محمول على وقوع الدخول ، وإلا فمع عدمه فإنه ترجع كل واحدة إلى زوجها من حين العلم بالحال ، وبه صرح الأصحاب أيضاً ، وقد صرحوا أيضاً بأنه متى كان الرجل عالماً بالحال وهي جاهلة فإنه يكون زانياً فيحد ذلك ، ولها المهر ، وعليها العدة ، ولو علمت هي وجهل هو كانت زانية لامهر لها ، ويجب عليها الحد ، وعليها العدة لو طئه المحرم ، والعدة تثبت مع احترام الوطء من جهتها أو من جهته كما عرفت ، ولو علما معاً كانا زائنين فلامهر ولا عدة ، ولو فرض دخول أحدهما دون الآخر أو العلم من أحدهما دون الآخر اختص كل بما يلزمه من الأحكام المذكورة ، والله العالم .

المسألة السادسة : من القواعد المقررة بينهم أن كل موضع حكم فيه ببطلان العقد فللزوجة مع الوطء مهر المثل لا المسمى ، وكل موضع حكم فيه بصحة العقد فلها مع الوطء المسمى وإن تعقبه الفسخ .

وعلى الأول فإن مهر المثل عوض البضع المحرم حيث لا عقد ، وبمع بطلان العقد ينزل كعدمه فيكون كالوطء لشبهة المجرد عن العقد .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٢ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٥ ب ٤٩ ح ١ .

وعَلَّ النَّانِي بِإِنْ الْمُسْمَى تَابِع لَصَحَّة الْعَقْد ، فَمَتَى صَحَّ الْعَقْد وَجِبَ الْمُسْمَى
وإن تعقَّب الفسخ لو جوبه بالعقد، والفسخ إنَّما يرفع العقد من حين الفسخ لا من أصل
العقد ، فلا يبطل المسمَّى الذي قد استقرَّ بالدخول سواء كان الفسخ بعيب سابق له
أو لاحق ، وللشيخ في المبسوط قول بالتفصيل ، وهو أنَّه إنَّ كان الفسخ بعيب سابق على
الوطء أزم مهر المثل سواء كان حدوثه قبل العقد أو بعده ، وقد تقدَّم الكلام في ذلك .
المقصد الثاني في المهور :

جمع مهر وهو على ما عرفت في الصحاح والقاموس ^(١) : الصداق ، قال : والصداق
بكسر الصاد وفتحها : المهر .

قال في المسالك : وهو مال يجب بوطء غير زنا منهما ولا ملك يمين أو بعقد
النكاح أو تفويت بضع قهراً على بعض الوجوه كإرضاع ورجوع شهود .
قال سبطه في شرح النافع بعد نقل ذلك : وأورد عليه طرداً عقر الأمة الزانية
إن جعلنا العقر مهراً كما ذكره المعروف فإنَّه جعل من أسماء المهر العقر ، وعكساً
أرشد البكارة ، فإنَّه يجب بالوطء المنصوص وليس مهراً والنفقة إن قلنا أنَّها
تجب بالعقد ، والنشوز مانع ، ثم قال : والأمر في ذلك هيِّن .

ثم إنَّه قال في المسالك : وله أسماء كثيرة منها الصداق بفتح الصاد وكسرهما
سمي به لاشعاره بصدق رغبة باذله في النكاح الذي هو الأصل في إيجابه ، والصديقة
بفتح أوله وضم ثانيه ، والنحلة ، والأجر ، والفريضة ، وقد ورد بها القرآن ، قال
الله تعالى : «وَأَتُوا النِّسَاءَ صَدَقَاتِهِنَّ نَحْلَةً» ^(٢) وقال «فَمَا اسْتَمَعْتُمْ بِهِ مِنْهُنَّ فَآتُوهُنَّ
أَجُورَهُنَّ» ^(٣) وقال «وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً» ^(٤) والعلائق ، وقد روي ^(٥)
أنَّ النبي ﷺ قال : أدوا العلائق ، قيل : وما العلائق ؟ قال : ما ترضى به الأهلون .

(١) الصحاح ج ٤ ص ١٥٠٦ ، القاموس ج ٢ ص ١٣٦ .

(٢) و(٣) سورة النساء - آية ٤ و٢٤ .

(٤) سورة البقرة - آية ٢٣٧ .

(٥) النهاية لابن الأثير ج ٣ ص ٢٨٩ .

والعقر بالضم ، والجباء بالكسر ، ويقال من لفظ الصداق والصدقة : صدقتها ، ومن المهر : مهرتها ، ولا يقال : أصدقتها وأمهرتها ، ومنهم من جوزه ، وقد استعمله المصنف وغيره من الفقهاء ، انتهى كلامه .

قال في كتاب المصباح المنير^(١) : ومهرت المرأة مهرأ من باب نفع أعطيتها المهر ، وأمهرتها بالألف كذلك ، والثاني لغة تميم وهي أكثر استعمالاً ، ومنهم من يقول مهرتها إنذا زوجها من رجل على مهر فهي مهيرة ، فعلى هذا يكون مهرت وأمهرت لاختلاف معنيين . انتهى .

وقال أيضاً في الكتاب المذكور : وصداق المرأة فيه لغات أكثرها فتح الصاد ، والثانية كسرها ، والجمع صدق بضمين ، والثالثة لغة الحجاز صدقة ، ويجمع صدقات على لفظها ، وفي التنزيل « وآتوا النساء صدقاتهن » ، والرابعة لغة تميم صدقة ، والجمع صدقات ، مثل غرفة وغرفات ، وصدقة لغة خامسة وجمعها صدق مثل قرية وقرى ، وأصدقتها بالألف أعطيتها صداقها ، وأصدقتها تزوجتها على صداق ، انتهى .

وكيف كان ففي هذا المقصد بحوث :

الاول : فيما يصح أن يكون مهرأ ، وفيه مسائل :

الاولى : المفهوم من كلام الأصحاب الاتفاق على أن كل ما يملكه المسلم متى بعد ما لا يصح جعله مهرأ للزوجة عيناً كان أوديناً أو منفعة ، والمراد بالمنفعة ما يشمل منفعة العقار والحيوان والغلام والأجير ، وإنما وقع الخلاف في جعل المهر ملاً من الزوج للزوجة أو وليها ، فمنهما الشيخ في النهاية ، والمشهور والجواز وهو قوله في الخلاف والمبسوط ، وإليه ذهب الشيخ المفيد وابن الجنييد وابن إدريس ، وجلة من تأخر عنه .

قال في النهاية : يجوز العقد على تعليم آية من القرآن أو شيء من الحكم والآداب ، لأن ذلك له أجر معين ، وقيمة مقدرة ، ولا يجوز العقد على إجارة ،

(١) المصباح المنير ص ٨٠١ .

وهو أن يعقد الرجل علي امرأة علي أن يعمل لها أو لوليها أيتاماً معلومة ، أو سنين معينة .

وظاهر كلامه في الخلاف أن "القول بما ذهب إليه في النهاية كان موجوداً قبله حيث قال : يجوز أن يكون منافع الحر" مهراً مثل تعليم قرآن أو شعر مباح أو تعليم بناء أو خياطة ثوب وغير ذلك ممّا له أجر ، واستثنى أصحابنا من جملة ذلك الاجارة ، وقالوا : لا يجوز ، لأنه كان يختص بموسى عليه السلام ، ونحوه في المبسوط .

وابن البراج قد تبع الشيخ في النهاية في كتاب الكامل ، ووافق المشهور في المذهب فقال : ويجوز أن يكون منافع الحر" مهراً ، مثل أن يخدمها شهراً وعلى خياطة ثوب ، وعلى أن يخط له شهراً ، وكذلك البناء وما أشبهه ، وكذلك تعليم القرآن ، والمباح من الشعر ، وروى أصحابنا أن الاجارة مدة لاتصلح أن تكون صداقاً لأن ذلك مخصوص بموسى عليه السلام .

وقال ابن إدريس : يجوز أن يكون منافع الحر" مهراً ، مثل تعليم القرآن أو شعر مباح أو بناء أو خياطة ثوب وغير ذلك ممّا له اجرة ، لأن كل ذلك له أجر معين وقيمة مقدرة .

واستثنى بعض أصحابنا من جملة ذلك الاجارة إذا كانت معينة بعملها الزوج بنفسه ، قال : لأن ذلك كان مخصوصاً بموسى عليه السلام ، والوجه في ذلك أن الاجارة إذا كانت معينة لاتكون مضمونة ، بل إذا مات المستأجر لا يؤخذ من تركته ، ولا يستأجر لتمام العمل ، وإذا كانت في الذمة تؤخذ من تركته ، ويستأجر لتمام العمل ، قال : والذي أعتمده وأعمل عليه وأفتي به أن منافع الحر" يتعقد بها عقود النكاح ، وتصح الاجارة ، والاجرة على ذلك ، سواء كانت الاجارة في الذمة أو معينة لعموم الأخبار ، وما ذكره بعض أصحابنا من استثنائه الاجارة وأنها كانت مخصوصة بموسى عليه السلام فكلام في غير موضعه ، واعتماد على خبر شاذ نادر .

فإذا تأمل حق التأمل بان و وضع أن شعباً عليه السلام استأجر موسى عليه السلام ليرعى له ، لا ليرعى لبنته ، وذلك كان في شرعه وملته أن المهر للأب دون البنت ، وإذا كان كذلك فإنه لا يجوز في شرعنا ما جاز في شرع شعيب عليه السلام ، فأمّا إذا عقد على إجارة ليعمل لها فالعقد صحيح سواء كانت الإجارة معينة أو في الذمة .

وقد أورد شيخنا في التهذيب^(١) خبراً عن السكوني عن الصادق عليه السلام قال . لا يحل النكاح اليوم في الاسلام بإجارة بأن يقول : أعمل عندك كذا سنة على أن تزوجني اختك أو بنتك ، قال : حرام ، لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها . فهذا يدل على ما حرره و بيناه ، فمن استثنى من أصحابنا الإجارة ، إن أراد الإجارة التي فعلها شعيب عليه السلام مع موسى عليه السلام فصحيح ، وإن أراد غير ذلك فباطل . إنتهى كلامه ، وهو جيد للأخبار الدالة على ذلك عموماً و خصوصاً .

ومنها ما رواه في الكافي^(٢) عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبدالله عليه السلام قال سألته عن المهر ما هو ؟ قال : ما تراضى عليه الناس .

وعن الفضيل بن يسار^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي جعفر عليه السلام قال : الصادق ما تراضيا عليه من قليل أو كثير فهذا الصداق .

وعن الحلبي^(٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبدالله عليه السلام قال : سألته عن المهر ، فقال : ما تراضى عليه الناس ، الحديث .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٤ .

وعن زرارة بن أعين^(١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: الصداق كل شيء تراضى عليه الناس قل أو أكثر في متعة أو تزويج غير متعة، إلى غير ذلك من الأخبار التي بهذا المضمون.

و ما رواه في الكافي^(٢) عن محمد بن مسلم في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال: جاءت امرأة إلى النبي صلى الله عليه وآله فقالت: زوجني، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: من لهذه؟ فقام رجل فقال: أنا يا رسول الله صلى الله عليه وآله زوجنيها، فقال: ماتعطيها؟ فقال: مالي شيء، قال: لا، فأعادت، فأعاد رسول الله صلى الله عليه وآله الكلام، فلم يقم أحد غير الرجل، ثم أعاد، فقال رسول الله صلى الله عليه وآله: في المرة الثالثة أتحسن من القرآن شيئاً؟ قال: نعم، قال: قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن فاعلمها إياه.

و ما رواه في الكافي والتهذيب^(٣) عن بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز وجل، فقال: ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة ويعطيها شيئاً، قلت: أيجوز أن يعطيها تمراً أو زيبياً؟ فقال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان، وهذه الأخبار كما ترى ظاهرة في القول المشهور غاية الظهور، ولا سيما الخبرين الآخرين.

هذا والذي وقفت عليه من الأخبار في قصة موسى عليه السلام ما رواه في الكافي^(٤) في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال: قلت لأبي الحسن عليه السلام: قول شعيب عليه السلام إنني أريد أن أنكحك إحدى ابنتي هاتين على أن تأجرني ثمانين حجج،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٢ ح ٦.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٥، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣ ح ١.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ١.

فإن أتممت عشرًا فمن عندك، أي" الأجلين قضى؟ قال: الوفاء منهما أبعدهما عشر سنين، قلت: فدخل بها قبل أن ينقضي الشرط أو بعد انقضائه؟ قال: قبل أن ينقضي، قلت له: فالرجل يتزوج المرأة ويشترط لأبيها إجارة شهرين، يجوز ذلك؟ فقال: إن" موسى عليه السلام قد علم أنه سيتم" له شرطه، فكيف لهذا بأن يعلم أنه سيبقى حتى يفي له، وقد كان الرجل على عهد رسول الله ﷺ يتزوج المرأة على السورة من القرآن، وعلى الدرهم، وعلى القبضة من الحنطة.

وروى الشيخ في التهذيب^(١) عن أحمد بن محمد عن أبي الحسن عليه السلام قال: سألت عن الرجل يتزوج المرأة ويشترط إجارة شهرين، قال: إن" موسى عليه السلام الحديث كما تقدم بأدنى تفاوت.

وروى الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمي في تفسيره^(٢) عن محمد بن مسلم في حديث طويل قال: قلت لأبي عبد الله عليه: أي" الأجلين قضى؟ قال: أتمتها عشر حجج، قلت له: فدخل بها قبل أن يقضى الأجل أو بعده؟ قال: قبل، قال، قلت: فالرجل يتزوج المرأة، ويشترط لأبيها إجارة شهرين مثلاً، أبجوز ذلك؟ قال: إن" موسى بن عمران عليه السلام علم أنه يتم" له شرطه، فكيف لهذا أن يعلم أنه يبقى حتى يفي، الحديث.

واجيب عن هذه الأخبار بأن" الظاهر هو حمل النهي فيها على الكراهة لا التحريم، لأن" ما اشتملت عليه جار في تعليم القرآن الذي قد دلت الأخبار كما عرفت على جواز جعله مهراً، بل كل" مهر قبل تسليمه كذلك، لأنه لا وثوق له بالبقاء حتى يسلمه، مع أن" ذلك غير قادح في الصحة إجماعاً.

أقول: و الظاهر عندي أن" هذه الأخبار إنما خرجت مخرج المجازاة، والتسليم بمعنى أن" العقد بهذه الصورة غير جائز، لأن" المهر حق" للزوجة لا للأب،

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ ح ١.

(٢) تفسير القمي ج ٢ ص ١٣٩، المستدرک ج ٢ ص ٦٠٨ ب ١٩ ح ٤.

ومع فرض جواز ذلك للأب فإنه كيف له بالعلم بالبقاء هذه المدة ، وفعل موسى عليه السلام بناءً على جوازه في تلك الشريعة إنما كان لعلمه بالبقاء إلى أن يفي بالمدة ، وأما غيره ممن لا يعلم فلا ينبغي له ذلك ، والنهي أيضاً على هذا التقدير لا يخرج عن الكراهة على تقدير جواز التزويج ، وإلا فهو غير جائز .

ويدل على عدم جواز التزويج بهذه الكيفية ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : لا يحل النكاح - كذا في الكافي ، وفي الكتابين الآخرين عن أبي عبد الله عليه السلام أن علياً عليه السلام قال : لا يحل النكاح - اليوم في الاسلام بإجارة ، بأن يقول : أعمل عندك كذا وكذا سنة على أن تزوجني ابنتك أو اختك ، قال : هو حرام ، لأنه ثمن رقبتها وهي أحق بمهرها .

قال في الفقيه ذيل هذا الخبر : وفي حديث آخر وإنما كان ذلك لموسى بن عمران لأنه علم من طريق الوحي هل يموت قبل الوفاء أم لا ، فوفى بأتم الأجلين ، والتقريب في الخبر المذكور دلالة على أن المنع من هذه الصورة إنما هو من حيث جعل المهر للأب وهو حق للمرأة ، و ثمن رقبتها لا من جهة الإجارة ، وفيه إشعار بأنه لو كانت الإجارة لها بأن يكون العمل لها فإنه صحيح لا مانع منه ، وهو صريح في بطلان هذا العقد لو كان العمل المجعول مهراً لأبيها ، وما ذيل في الفقيه لا يظهر له وجه ارتباط بالخبر ، بناءً على ما قلناه ، لأن الخبر لم يتضمن المنع من حيث الإجارة ، والتذييل المذكور إنما ينصب على ذلك ، ليصير بمعنى التخصيص له ، بل إنما تضمن بالمنع والبطلان من حيث إن هذا العمل الذي جعله مهراً لا يجوز جعله للأب لأنه مهر ، والمهر حق الزوجة لا الأب .

وبالجملة فالظاهر هو القول المشهور كما عرفت من ظهور الأخبار المتقدمة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥١ وفيه إختلاف يسير ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٨ ح ٥٦ وفيه فقط « أن علياً عليه السلام قال : » والتهذيب موافق للكافي ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ب ٢٢ ح ٢ .

في ذلك ، وعدم ظهور المنافاة من هذه الأخبار . والله العالم وأولياؤه الأخيار .
المسألة الثانية : لو عقد الذميّان ونحوهما على ما لا يجوز العقد عليه في
 شريعة الاسلام كالخمر والخنزير صح ، لأن ذلك ممّا يملك في شريعتهم فيجوز
 جعله مهراً ، لكن لو أسلما معاً أو أحدهما ، فإن كان بعد التقابض فلا شيء للزوجة ،
 لبراءة ذمة الزوج بقبضها في شريعتهم ، وإن كان قبل التقابض لم يجز دفع المعقود
 عليه ، أمّا مع إسلامهما معاً فإنه يحرم القبض و الاقباض في دين الاسلام ، وأمّا
 مع إسلام الزوج فإنه لا يجوز له إقباضه ولا دفعه ، وأمّا مع إسلامها فإنه لا يجوز
 لها قبضه ، والعلّة في هذه المواضع هو عدم صحّة تملك هذه الأشياء في شريعة
 الاسلام ، وما لا يكون مملوكاً لا يكون مهراً ، وحينئذٍ فالواجب بناءً على ما هو
 المشهور هو القيمة عند مستحليّه ، لأن التسمية وقعت صحيحة ، ولهذا لو كان قد
 حصل التقابض قبل الاسلام برؤ ، ولكن حيث تعذر تسليم العين لما عرفت وجب
 الانتقال إلى القيمة ، وهذا القول هو المشهور ، مثله ما لو جعلاه ثمناً لمبيع أو عوضاً
 لصلح أو إجارة أو نحوهما .

وقيل : إن الواجب مهر المثل تنزيلاً - لتعذر تسليم العين - منزلة الفساد ،
 ورده السيد السند في شرح النافع بأنّه ضعيف .

أقول : ويدلّ على ما هو المشهور من الرجوع إلى القيمة ما رواه المشايخ
 الثلاثة^(١) عن رومي بن زرارة عن عبيد بن زرارة قال : قلت : لأبي عبد الله عليه السلام :
 النصراني يتزوج النصرانية على ثلاثين ديناراً من خمر وثلاثين خنزيراً ، ثم أسلما
 بعد ذلك ، ولم يكن دخل بها ، قال : ينظر ، كم قيمة الخمر و كم قيمة الخنازير
 فيرسل بها إليها ثم يدخل عليها ، وهما على نكاحهما الأول .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٧ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٩١ ب
 ١٤٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ح ٢ .

وقد روى في الكافي والتهذيب^(١) عن طلحة بن زيد عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سأله^(٢) رجل عن رجلين من أهل الذمة أو من أهل الحرب يتزوج كل واحد منهما امرأة وأمهرها خمراً و خنازير ثم أسلما ، فقال : ذلك النكاح جائز حلال ، لا يحرم من قبل الخمر ، و لا من قبل الخنازير ، قلت : فإن أسلما قبل أن يدفع إليها الخمر والخنازير؟ فقال : إذا أسلما حرم عليه أن يدفع إليها شيئاً من ذلك ، ولكن يعطيها صداقاً .

و أنت خير بأن هذه الرواية للدلالة على القول بمهر المثل ، و احتمال حملها على القيمة - كما دلت عليه الرواية الاولى - يحتاج إلى تكلف بعيد . ولو كانا مسلمين أو أحدهما مسلماً فعقدا على خمر أو خنزير أو نحوهما ممّا لا يصح تملكه ، فلا ريب في بطلان المسمى ، وهل يبطل العقد أو يصح ؟ قولان وعلى تقدير الصحة ما الذي يجب عوض ذلك ، فالكلام هنا في موضعين :

(أحدهما) في صحة العقد وبطلانه ، وقد اختلف الأصحاب في ذلك فذهب جمع منهم الشيخان في المقنعة والنهاية والقاضي وابن البراءة والتقي أبو الصلاح إلى القول بالبطلان ، وقيل : بالصحة وهو مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف ، وبه قال ابن حمزة وابن زهرة وابن إدريس والمحقق ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين . إحتج الأدلون بأن الرضا شرط في صحة العقد ، و هو إنما وقع على جعل الخمر في مقابلة البضع مع أنه باطل ، فما وقع عليه الرضا غير صحيح ، وما هو صحيح لم يقع عليه التراضي ، ولأنه عقد معاوضة^(٣) فيفسد بفساد العوض كالبيع ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٣٦ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٥ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤ ح ١ .

(٢) في التهذيب « عن طلحة بن زيد قال » سأله الخ « والظاهر أنه من سهو قلم الشيخ - رضي الله عنه - . (منه - قدس سره -) .

(٣) والذي يدل على كونه عقد معاوضة قوله سبحانه « فأتوهن أجورهن » والأدلة الدالة على جواز النظر إليها متى أراد تزويجها من قولهم - عليهم السلام - أنه مسلم ، وأنه يشتريها

وقول الباقر عليه السلام^(١) «الصداق ماتر اضيا عليه قل أو أكثر» ويلزمه بطريق عكس النقيض أن «ما لم يتراضيا عليه لم يكن مهرأ».

إحتج الآخرون بوجود المقتضي للصحة وهو الإيجاب والقبول وعدم المانع إذ ليس إلا بطلان المهر، لكن بطلانه لا يؤثر في بطلان العقد، لصحة عرائه عنه، بل صحة العقد مع شرط عدمه، فلا يكون ذكر المهر الفاسد أعظم من اشتراط عدم المهر، ولأن المهر والعقد غيران، ففساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر، ويظهر الغيرية فيما لو عقد بغير مهر، فإنه يصح «بلا خلاف».

واجب عن دليل الأولين بأن ما ادعوه من أن بطلان المسمى يوجب عدم الرضا بأصل العقد قياساً على سائر المعاوضات منقوض بما لو ظهر المهر مستحقاً، فإن العقد صحيح بلا إشكال، مع أنه لو كان كذلك في المعاوضة المجضة فإنها تفسد بظهور استحقاق أحد العوضين، وبذلك يظهر أنه ليس النكاح كالمعاوضة المجضة، ومن ثم سمّاه الله تعالى نحلة^(٢) وهي العطيّة، و ركن العقد يقوم بالزوجين. وأما ما استندوا إليه من الخبر، ففيه أن الظاهر أن المراد من الصداق الذي تراضيا عليه هو المهر الذي يذكر في العقد، لا مطلق المهر، لأن المهر الواجب مع عدم ذكره في العقد لم يتراضيا عليه، مع أنه صح أن يكون مهرأ، وأيضاً فالظاهر منه كون التراضي في جانب القلة والكثرة مع التعيين بقرينة قوله «قل أو أكثر».

بأغلى الثمن، ونحو ذلك من الألفاظ الدالة على المعاوضة، وأن المهر عوض البضع، ويظهر أيضاً من قولهم زوجتك بكذا، فإن الباء للمعاوضة كما في قولك بعت كذا بكذا. (منه - رحمه الله -).

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٨ ح ٣، التهذيب ج ٥ ص ٣٥٤ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ١ ب ١ ح ٣.

(٢) سورة النساء - آية ٤.

واجيب عن دليل الآخرين بالفرق بين عدم التسمية وتسمية الفاسد ، لأنهما في الأول قد تراضيا على عدم المهر ، فصح العقد للرضا به خالياً عن العوض ، إلا أنه يثبت مهر المثل حينئذ ، لأنه العوض شرعاً في مثل ذلك ، بخلاف الثاني ، لأن التراضي لم يقع بالعقد خالياً عن العوض والمسمى باطل شرعاً ، وغيره غير مرضي به ، فلا تصح للعوضيّة ، ولا يلزم من تفايرهما مع التعويض تفايرهما مع التسمية ، لأن التراضي إنما وقع على العقد المشخص بالمهر المعين ، فكانا أمراً واحداً مركباً ، فيفوت بقوات أحد أجزائه .

أقول : والمسألة لخلوها عن النص محل إشكال ، سيما مع تدافع هذه الأقوال ، ولهذا توقف العلامة في المختلف ، وكذا شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بسببه في شرح النافع ، إلا أنه في المسالك مع موافقته للعلامة في التوقف قال : إن جانب الصحة لا يخلو من رجحان ، بسببه قال بعد نقله التوقف عن العلامة : وهو في محله ، وإن كان القول بالبطلان لا يخلو من رجحان ، وقد عرفت في غير موضع مما تقدم عدم جواز الاعتماد في تأسيس الأحكام الشرعيّة على هذه التعليقات العقلية مع سلامتها من التعارض ، فكيف والحال كما رأيت .
(ثانيهما) أنه على تقدير القول بالصحة كما هو المشهور بين المتأخرين ، فما الذي يجب ؟ قد اختلف الأصحاب القائلون بهذا القول على أقوال :

الأول : إنه يجب مهر المثل مع الدخول كالمقوضة ، ذهب إليه الشيخ في الخلاف وابن إدريس والمحقق ، وعلل بأن عدم صلاحية المسمى لأن يكون صداقاً يقتضى بطلان التسمية ، فيصير العقد خالياً من المهر ، ويلزم بالوطء مهر المثل ، لأنه قيمة البضع حيث لا تسمية ، وقد اختلف كلام العلامة هنا ، ففي الارشاد قيد بالدخول كما ذكره هؤلاء المشار إليهم ، وفي غيره أطلق مهر المثل ، وظاهره وجوب مهر المثل وإن كان بمجرد العقد بدل المسمى حيث تعذر ، وعلى هذا يكون هذا القول منقسماً إلى قولين ، وقد نبّه عليهما شيخنا الشهيد في شرح نكت الارشاد ،

ونقل القول بوجوب مهر المثل بنفس العقد عن الشيخ ، وعَلَّ هذا القول بأنّ العقد وقع بالعوض ، فلا يكون تفويضاً ، لكن لما تعذر العوض المعين وجب الانتقال إلى بدله ، وهو مهر المثل .

وردّ بأنّ مهر المثل إنمّا ثبت كونه عوضاً للوطء حيث لا تسمية ، لأنّه يكون بدلاً عن المهر الفاسد ، ولا يبعد أن يكون مراده - رحمه الله عليه - بما أطلقه هو التقييد بالدخول كما ذكره في الارشاد ، وإنمّا أطلق اعتماداً على ظهور ذلك من القواعد الشرعيّة ، وكيف كان فإنّه لو حمل على ظاهره ضعيف جداً لا ينبغي أن يلتفت إليه .

الثاني : إنّ الواجب قيمته عند مستحله حتى لو كان المهر حراً قدر على تقدير رقيته : ونقل عن الشيخ في موضع من المبسوط ، والوجه فيه أنّ قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره ، ولأنّهما عقداً على شخص باعتبار ماليته ، فمع تعذر الشخص يجب المصير إلى المال .

وردّ الأول بأنّ الانتقال إلى القيمة فرع صحّة العقد على ذي القيمة ، لأنّ القيمة لم يقع التراضي عليها ، وردّ الثاني بأنّ تقدير الماليّة هنا ممتنع شرعاً ، فيجب أن تلغى كما ألغى التعيين .

أقول : ومع قطع النظر عن الردّ بما ذكر في كلّ من الوجهين فإنّ إثبات الأحكام الشرعيّة بمثل هذه التعليلات العقليّة ممّا منعت منه الآيات القرآنيّة والسنة النبويّة على الصادع بها وآله أشرف صلاة وتحيّة .

الثالث : الفرق بين كون المهر الذي لا يملكه المسلم متقوماً في الجملة كالخمر والخنزير فيعتبر قيمته ، وغير متقوم كالحرّ فيعتبر مهر المثل ، وتوضيحه أنّ الحرّ ليس مالاً بالكلية ، فيكون ذكره كالعدم بخلاف الخمر ، فإنّه مضمون على المسلم للذمي المستتر وكذا الذمي على مثله ، فتكون الماليّة فيه ملحوظة في الجملة ، فلا يكون العقد خالياً عن المهر أصلاً بخلاف الحرّ ، وضعف هذا القول يعلم ممّا سبق ، فإنّه مرّ بمرّكّب منهما .

قال في المسالك : واعلم أنه على القول الثاني يكون وجوب القيمة منوطاً بمجرد العقد وإن لم يدخل بغير خلاف ، بخلاف القول الأول فإن فيه وجهين ، وكذا على الثالث ، فإن الجهة التي توجب فيه القيمة تلحقه بالثاني ، والذي توجب مهر المثل تلحقه بالأول ، إنتهى .

وظاهر السيد السند في شرح النافع ترجيح الأول من هذه الأقوال الثلاثة حيث قال : وأجود الأقوال دليلاً الأول ، وهذا الترجيح مبني على القول بالصحة ، بمعنى أنه لو قيل بالصحة لكان هذا القول أجود الأقوال المذكورة ، وإلا فقد عرفت آنفاً أنه قدر جرح القول بالبطلان من بعد التوقف في المسألة ، والله العالم .
المسألة الثالثة : لا خلاف بين الأصحاب في أن المهر لا يتقدر بقدر في جانب القلة إلا بأقل ما يتم ، أي بعد مالا .

وأما في جانب الكثرة ، فالمشهور بين المتقدمين - وعليه كافة المتأخرين - أنه لا يتقدر بقدر بل بما شاء .

و نقل الخلاف هنا صريحاً عن المرتضى - عليه الرحمة - في الاختصار ، فإنه قال : ومما انفردت به الإمامية أن لا يتجاوز بالمهر خمسمائة درهم جياذ قيمتها خمسون ديناراً ، فمازاد على ذلك رد إلى السنة ، وهو ظاهر ابن الجنييد والصدوق في الفقيه ، وكذا في الهداية ^(١) ورد ذلك بالآيات و الروايات ، قال الله عز وجل «وآتيتم إحداهن قنطاراً فلا تأخذوا منه شيئاً» ^(٢) .

(١) قال في الهداية ، ومهر السنة خمسمائة درهم فمن زاد على السنة رد إلى السنة ، فإن أعطاهما من الخمسمائة درهماً واحداً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء لها بعد ذلك إنما لها ما أخذت منه قبل أن يدخل .

أقول : وهو مضمون رواية المفضل المذكورة في الأصل ، ونحو ذلك عبارة ابن الجنييد ، فإنه ذكر رواية المفضل أيضاً . (منه - قدس سره -) .

(٢) سورة النساء - آية ٢٠ .

والقنطار على ما في القاموس^(١) : بالكسر وزن أربعين اوقية من ذهب أو فضة أو ألف دينار أو ألف ومائتا اوقية ، أو سبعون ألف دينار أو ثمانون ألف درهم أو مائة رطل من ذهب أو فضة أو ألف دينار أو مئله مسك ثور ذهباً أو فضة . وقال عز وجل « فآتوهن أجورهن »^(٢) وقال « فنصف ما فرضتم »^(٣) وهي عامة لكل ما وقع عليه التراضي ، وقد تقدمت جملة من الروايات في المسألة الأولى صريحة الدلالة بأن المهر ما وقع عليه التراضي قليلاً كان أو كثيراً . وفي حسنة الوشاء^(٤) عن الرضا عليه السلام « لو أن رجلاً تزوج امرأة جعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً ، والذي جعل لأبيها فاسداً . وروي في الكافي^(٥) في الصحيح عن الفضيل « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم ، فأعطاها عبداً آبقاً وبرداً جبرة بألف درهم التي أصدقها ، قال : إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد ، الحديث ، إلى غير ذلك مما يضيق المقام عن نقله .

إحتج المرتضى على ما نقله عنه بإجماع الطائفة ، وبأن المهر يتبعه أحكام شرعية ، فإذا وقع العقد على مهر السنة فمادون ترتبت عليه الأحكام بالاجماع ، وأما الزائد فليس عليه إجماع ولا دليل شرعي ، فيجب نفيه .

وأنت خبير بما فيه بعدما عرفت ، وضعفه أظهر من أن يذكر .

(١) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٢٢ .

(٢) سورة النساء - آية ٢٤ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٧ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ب ٢٤ ح ١ .

نعم ربّما أمكن الاستدلال له بما رواه الشيخ^(١) عن محمد بن سنان عن المفضل ابن عمر قال : دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له : أخبرني عن مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه ؟ قال : فقال : السنة المحمدية خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك ردّ إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من الخمسمائة درهم ، فإن أعطاه من الخمسمائة درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها فلا شيء عليه ، قال : قلت : فإن طلقها بعدما دخل بها ؟ قال : لا شيء لها ، إن كان شرطها خمسمائة درهم ، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق ، فلا شيء لها ، إن كان لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها ، فإذا طلبت بعد ذلك في حياة منه أو بعد موته فلا شيء لها ، إلا أنه لا يوافق مذهبه ، في عدم العمل بالأخبار ولو كانت صحيحة فكيف إذا كانت ضعيفة .

وقد أجاب العلامة في المختلف عنها بالحمل على الاستحباب ، قال : ومع الزيادة يستحب الردّ بالابراء إلى مهر السنة ، فإذا حصل الإبراء لا يلزمه أكثر منه . انتهى ، ولا بأس به ، فإنه ليس بعد ذلك إلا طرحه لمخالفته لما عرفت من الآيات القرآنية والسنة المستفيضة النبوية ، وقد استفاضت الأخبار بعرض الأخبار عليهما ورمي ما خالفهما ، وهذا الخبر بظاهره مخالف لهما كما عرفت .

قال في المسالك : واحتج المرتضى على مذهبه بإجماع الطائفة وهو عجيب ، فإنه لا يعلم له موافق فضلاً عن أن يكون ممّا يدعى فيه الإجماع ، وقد اتفق له ذلك في الانتصار في مسائل كثيرة ادعى فيها الإجماع ، وليس له موافق ، ذكرنا جملة منها في بعض الرسائل - إلى أن قال بعد الطعن في سند الرواية بمحمد بن سنان والمفضل بن عمر والطعن في متنها بمخالفتها لعموم الكتاب والسنة - ما لفظه : وبقي أنه قال بعد ذلك : فإن أعطاه من الخمسمائة إلى آخر ما تقدم ، ثم قال :

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٤ .

فانظر إلى هذه المخالفات العجيبة والأحكام الغريبة في هذا الخبر الواهي ، وكيف يحسن بعد ذلك الاستناد إليه في حكم من هذه الأحكام مع مخالفة مدلوله في جميعها لما عليه علماء الاسلام ، بل مثل هذا لا ينبغي إيداعه في كتب الحديث فضلاً عن أن يجعل سند الحكم ، إنتهى .

وفيه أن هذا الطعن ليس من خصوصيات هذا الخبر ، بل هنا أخبار عديدة فيها الصحيح باصطلاحهم دالة عليه ، وبها قال جملة من الأصحاب أيضاً كما سيأتي ذكره إن شاء الله تعالى عند ذكر المسألة المشار إليها ، بل ظاهر عبارة الصدوق في الفقيه والهداية هو القول بمضمون هذه الرواية ، وكذا عبارة ابن الجنيد القائل بذلك أيضاً ، ولكن شيخنا الحر - رحمه الله - على رد هذا الخبر ورميه من البين نفل عن ذلك ، نعم هو بما تضمنه صدره من عدم جواز الزيادة على الخمسمائة درهم مخالف لمعومات الكتاب والسنة كما عرفت ، والله العالم .

وكيف كان فإن الأفضل هو الاقتصار على الخمسمائة لاستفاضة الأخبار بأنه مهر السنة حتى وقعت المبالغة فيه بما تضمنه هذا الخبر مما يؤذن بتعينه . فمن الأخبار المشار إليها ما رواه ثقة الاسلام ^(١) في الصحيح عن معاوية بن وهب قال : سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول : ساق رسول الله ﷺ إلى أزواجه اثنتي عشرة أوقية دنشاً ، والأوقية أربعون درهماً ، والنش نصف الأوقية عشرون درهماً ، فكان ذلك خمسمائة درهم ، قلت : بوزننا ، قال : نعم .

وعن حماد بن عيسى ^(٢) في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سمعته يقول : قال أبي : ما زوج رسول الله ﷺ شيئاً من بناته ، ولا تزوج شيئاً من نسائه على أكثر من اثنتي عشرة أوقية ونش ، والأوقية أربعون درهماً ، والنش عشرون درهماً .

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٥ ، قرب الإسناد ص ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦ ح ٤ .

وعن عبيد بن زرار^(١) قال: سمعت أبا عبد الله عليه السلام يقول: مهر رسول الله ﷺ نساء اثنتي عشرة اوقية ونشاً، والاوقية أربعون درهماً، والنش نصف الاوقية وهو عشرون درهماً.

أقول: وبما دلت عليه هذه الأخبار من تفسير الاوقية والنش صرح به أهل اللغة أيضاً، قال ابن إدريس في سرائره: النش - بالنون المفتوحة والشين المعجمة المشددة - وهو عشرون درهماً وهو نصف الاوقية من الدراهم، لأن الاوقية عند أهل اللغة أربعون درهماً، فإنني سألت ابن القصار ببغداد وهو إمام أهل اللغة في عصره فأخبرني بذلك، إنتهى.

وقال في القاموس^(٢): النش إلى أن قال: ونصف اوقية عشرون درهماً. وقال الجوهري^(٣): النش عشرون درهماً وهو نصف اوقية لأنهم يسمون الأربعين درهماً اوقية ويسمون العشرين نشاً، ويسمون الخمسة نواتاً.

وروى ثقة الاسلام^(٤) عن الحسين بن خالد قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن مهر السنة كيف صار خمسمائة درهم؟ فقال: إن الله تبارك وتعالى أوجب على نفسه أن لا يكسره مؤمن مائة تكبيرة، وبسبحة مائة تسبيحة، وبحمد مائة تحميدة، ويهله مائة تهليلة، ويصلي على محمد وآله مائة مرة ثم يقول: اللهم زدني من الحور العين إلا زوجة الله حوراء عينا وجعل ذلك مهرها، ثم أوحى الله إلى نبيه ﷺ أن يسن مهر المؤمنات خمسمائة درهم ففعل ذلك رسول الله ﷺ وأبما مؤمن خطب أخيه مؤمنة وبذل له خمسمائة درهم فلم يزوجه فقد عقه واستحق من الله أن لا يزوجه حوراء.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٤، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣.

(٢) القاموس المحيط ج ٢ ص ٢٩٠.

(٣) الصحاح ج ٣ ص ١٠٢١.

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٧٦ ح ٧ وفيه حوراء عين، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٦ ح ١٤ مع

إختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٥٢ ح ٢.

المسألة الرابعة : قد صرح الأصحاب بأن المهر إذا ذكر في العقد فلا بد من تعيينه ليخرج عن الجهالة إما بالاشارة كهذا الثوب وهذه الدابة ، أو بالوصف الذي يحصل به التعيين .

و ظاهرهم أنه يكفي فيه المشاهدة وإن كان مكياً أو موزوناً أو أمكن استعلامه بها ، بل صرح بذلك جملة منهم كالصبرة من الطعام والقطعة من الفضة أو الذهب ، ومرجع ذلك إلى المعلومات في الجملة من غير استقصاء لجميع طرقها ، قالوا : والوجه فيه أن النكاح ليس على حد المعاوضات الحقيقية ، والركن الأعظم فيه الزوجان ، والمهر دخيل فيه لم يعتبر فيه ما يعتبر في غيره من المعاوضات المحضة . أقول : ويدل على ذلك صحيح محمد بن مسلم ^(١) المتقدمة المتضمن للحكاية المرأة التي أتت إلى رسول الله ﷺ وطلبت منه أن زوجها فإن المهر فيها قد جعل ما يحسنه من القرآن ، ولم يسأل عن مقداره ، وهو مجهول ، فإذا جاز التزويج بالمهر الذي على هذا النحو ، فالمشاهدة من غير وزن ولا كيل بطريق أولى للحصول المعلومات في الجملة ، بخلاف المهر في هذا الخبر .

ويؤيد ذلك أيضاً ما تقدم في جملة من الأخبار «أن المهر ما تراضيا عليه» فإنه شامل بإطلاقه لما نحن فيه ، وقد تقدم في جملة من أخبار المتعة كف من طعام دقيق أو سويق أو تمر .

و في خبر ^(٢) عن الكاظم عليه السلام «كان الرجل يتزوج على عهد رسول الله ﷺ على القبضة من الحنطة وفي الجميع دلالة واضحة على الاكتفاء بالمعلومات في الجملة . بقي الكلام فيما لو قبضته والحال هذه فإنه إن لم يتوقف على العلم به أمر

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٤ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٧ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣ ح ١ .

وحصل العلم لها بعد ذلك فلا إشكال ، وإن استمر الأمر على المجهولية و احتج بعد ذلك إلى معلوميته لتلقه قبل التسليم أو بعده ، وقد طلقها قبل الدخول ليرجع بنصفه ، فالظاهر أنه لا وجه للرجوع إلا بطريق الصلح إذ لا طريق للمعلومية لفواته على المجهولية ، و نقل عن المحقق الشيخ علي أنه احتمل وجوب مهر المثل ^(١) وردّه في المسالك ومثله سبطه في شرح النافع بأن ضمان المهر عندنا ضمان يد ، لا لضمان معاوضة ، ومن ثم كان التلف قبل القبض يوجب الرجوع إلى القيمة ، لا مهر المثل ، وزاد في المسالك : نعم هو مذهب العامة .

المسألة الخامسة : الظاهر أنه لا خلاف ولا إشكال في صحة النكاح لو تزوج امرأتين فصاعداً في عقد واحد بمهر واحد ، إنما الخلاف والاشكال في صحة المهر في هذه الصورة وبطلانه ، وأنه على تقدير الصحة ، فهل يقسط المهر على عدد رؤوسهن بالسوية أو يقسط على مهر أمثالهن ؟ وجهان ، بل قولان ، و تفصيل هذه الجملة يقع في مواضع :

الأول : إن ما ذكر من صحة النكاح في هذه الصورة لم أقف فيه على نص بخصوصه ، إلا أن الظاهر دخوله تحت العمومات ، والأصحاب قد عللوا ذلك بوجود المقتضي للصحة و هو العقد الجامع لشرائطه ، وانتفاء المانع ، إذ ليس إلا جمع المهر على شيء واحد وهو لا يصلح للمانعية ، لأنه على تقدير صحة المهر يظهر حق كل واحدة بالتوزيع ، وعلى تقرير البطلان لا يؤثر في العقد كما سيأتي بيانه وهو يرجع إلى ما ذكرناه .

الثاني : في صحة المهر وبطلانه ، والمشهور هو الأول ، حتى أن أكثرهم

(١) أقول : ظاهر كلام الشيخ على - قدس سره - في شرح القواعد أن هذا الإحتمال إنما هو بالنسبة إلى تلف المهر قبل التسليم ، دون ما إذا كان بعده وقد طلقها قبل الدخول ، فإنه قال : لكن لو تلف قبل التسليم أو بعده وقد طلقها قبل الدخول أمكن وجوب مهر المثل في الأول إلى آخر ما ذكره . (منه - قدس سره -) .

لم ينقل هنا خلافاً، وإنما تعرضوا للخلاف في التقسيط كما سند كره في الموضوع الآتي، ومن حكم بالصحة كما هو المشهور قال: لأنه معلوم جملة، وحصّة كل واحدة يمكن علمها بعد ذلك كضمن المبيعين في عقد واحد.

ومن حكم بالبطلان قال: لأن المهر هنا متعدد في نفسه وإن كان مجتمعاً، وحصّة كل واحدة منه ليست معلومة عند العقد، وعلمها بعد ذلك لا يفيد الصحة كما لو كان مجهولاً منفرداً و علم به بعد ذلك، ونمنع صحة البيع للملكين غير المشترين بضمن واحد كما هو مذهب الشيخ في الخلاف وغيره^(١).

أقول: ويؤيده ما تقدم في كتاب البيع من دلالة صحيحة محمد بن الحسن الصفار^(٢) على أنه لو باع ماله ومال الغير بطل بالنسبة إلى مال الغير، وصح بالنسبة إلى ماله، والوجهان حكاهما الشيخ في المبسوط، ولم يتعرض الأكثر لذكر البطلان ولذا ذكر وجهه.

أقول: حيث كانت المسألة عارية من النص "أشكل الكلام فيها سيما مع تدافع هذه التعليقات، وإن كانت لاتصلح لتأسيس حكم شرعي.

(١) وربما أوجب عن ذلك بأن المسمى هنا في مقابلة البضعين من حيث الاجتماع ولا يلزم من التقسيط الحكمي التقسيط اللفظي، وهو الموجب للجهالة في المهر دون التقسيط الحكمي،

وهو الجواب عن بيع الملكين أيضاً ولزوم كون الثمن مجهولاً بالتقسيط، ثم أنه لو سلم عدم الجواز في البيع كما هو المنقول عن الشيخ في الخلاف فإنه يمكن أن يقال بالصحة هنا، لأن النكاح ليس حد المعاوضات المحضة وإن أشبهها ولحق بها في بعض الأحكام فإنه يحتمل من الجهالة ما لا يحتمله غيره من عقود المعاوضات.

وأنت خير بما في هذا الكلام عن تطرق المناقشة وعدم صلوحه لتأسيس الأحكام لما عرفت في غير مقام، والأحكام الشرعية إنما تبني على الأدلة الواضحة الجلية لا هذه التخريجات العقلية. (منه - قدس سره -).

(٢) التهذيب ج ٧ ص ١٥٠ ح ١٦، الوسائل ج ١٢ ص ٢٥٢ ح ١.

الثالث : إنه على تقدير القول بالصحة يقسط المسمى على كل واحدة ليعرف مقدار ما يخصها من المهر ، وفيه وجهان ، بل قولان :
(أحدهما) وهو قول الشيخ في المبسوط وقبعه ابن البراج أنه يقسم بينهما بالتسوية ، فيقسم على الزوجين أنصافاً وعلى الثلاث أثلاثاً وهكذا .
وعلى أنه الأصل في إطلاق الاستحقاق إذا قيل لفلان و فلان كذا والترجيح على خلاف الأصل .

(والثاني) وهو اختيار المحقق والعلامة والأكثر ومنهم المحقق الشيخ علي والشهيد الثاني في المسالك وغيره التقسيط على مهر أمثالهن ، وتعطى كل واحدة ما يقتضيه التقسيط كما لو باع عبده وبعده غيره بثمن واحد ، أوجع بين نكاح وبيع ، وعلى أن العرض المالي إذا قبل بعوض متقوم كانت القيمة ملحوظة ، ومن ثم يكون زيادة العوض ونقصانه ناشئاً عن زيادتها ونقصانها غالباً ، وقيمة البضع إنما هي مهر المثل فيكون قسط كل واحدة من المسمى بحسبه لامحالة .

ثم إنه ينبغي أن يعلم أنه على القول بفساد المهر ، فالذي صرح به في المسالك أن لكل واحدة مهر مثلها كما لو أصدقها مجهولاً يتعذر تقويمه كعبد ودابة وشيء ، لأن الصداق وإن لم يكن عوضاً في أصله إلا أنه إذا ذكر في العقد جرت عليه أحكام المعاوضات ، والجهالة من موانع صحتها فيثبت مهر المثل ، قال : ويحتمل الفرق وتوزيع المسمى هنا على مهر أمثالهن ، ولكل واحدة منه ما يقتضيه التوزيع ، ويكون الحاصل لهن على هذا القول كالحاصل إذا قلنا بصحة المسمى ، والفرق بينه وبين المجهول المطلق تعذر تقويم ذلك ، وإمكان تقويم هذا . أقول : هذا حاصل ما ذكره في المسألة ، وقد عرفت أن المسألة خالية من النص بجميع شقوقها ، وظاهر من ذهب إلى التقسيط على مهر أمثالهن أن الوجه في ذلك عنده هو إلحاق النكاح بالبيع ، وقياسه عليه للاشتراك في المعاوضة ، حيث إن المهر عوض البضع كما أن الثمن عوض المثلن ، مع أننا قد قدمنا في

كتاب البيع (أقول: قد تقدم ذلك في المسألة الرابعة من المقام الثاني في المتعاقدين من الفصل الأول)^(١) أن هذا التقسيط على الوجه المذكور ، والأخذ بالنسبة من الثمن لم تقف له على نص ، وأن طريق الاحتياط فيه هو الصلح ، وبذلك يظهر لك أن المسألة غير خالية من شوب الاشكال .

وكيف كان فإن الذي ذكره ثمة من التقسيط أو الأخذ من المسمى بالنسبة هو أنه يقوّم المجموع أعني ما باعه من ماله ومال غيره بقيمة عادلة ، ثم إنّه يقوّم أحدهما بانفراده وتنسب قيمته إلى قيمة المجموع ويؤخذ بهذه النسبة من المسمى في العقد ، ومقتضى ذلك بالنسبة إلى مانحن فيه أن ينظر إلى مهر أمثال هؤلاء المعقود عليهن اثنتين أو أكثر ، وإلى مهر مثل كل واحدة واحدة منهن فينسب إلى ذلك المجموع ويؤخذ من المسمى في العقد بتلك النسبة ، مثلاً مهر أمثال هؤلاء المعقود عليهن مائة درهم ، ومهر إحداهن خمسون درهماً ، والثانية خمسة وعشرون ، والثالثة خمسة وعشرون ، فيؤخذ من المسمى للأولى بالضعف ، ولكل من الثانية والثالثة بالربع ، وعلى هذا فقس .

ثم إنّه قال في المسالك: واعلم أنّه لو زوج أمته من رجل على صداق واحد صحّ النكاح و الصداق قولاً واحداً . لأنّ المستحق هنا واحد ، فهو كما لو باع عبيدين بثمان واحد ، ولو كان له بنات وللآخر بنون ، فزوجهن صفقة واحدة بمهر واحد ، بأن قال : زوجت ابنتي فلانة من ابنك فلان ، وفلانة من فلان إلى آخره بألف ، ففي صحّة الصداق كالسابقة وجهان ، وأولى بالبطلان هنا لو قيل به ، ثم لأنّ تعدد العقد هنا أظهر لتعدد من وقع له من الجانبين ، إنتهى .

المسألة السادسة : لاختلاف بين الأصحاب كما ادعاه في المسالك وغيره في غيره في أنّه إذا عقد على مهر مجهول بحيث لا يمكن استعلامه في نفسه كعبد ودابة وشيء ونحو ذلك ، فإنّه يبطل المسمى ويثبت مهر المثل ، لامتناع تقويم

(١) ج ١٨ ص ٤٠٢ .

المجهول على هذا الوجه .

أقول: والوجه فيه هو ما تقدم من أن المهر متى ذكر في العقد فإنه يشترط فيه التعيين بالإشارة أو الوصف الرافعين للجهالة ، وقضية ذلك بطلان المسمى لو كان أحد هذه المذكورات أو بطلان العقد ، إلا أنه نقل عن الشيخ وأتباعه وتبعه جمع من المتأخرين فيما لو تزوجها على خادم أو دار أو بيت فإنهم حكموا بصحة العقد والمهر ، وأن الواجب لها ما كان وسطاً من هذه الأشياء ، إستناداً إلى أخبار وردت بذلك وهي :

مارواه في الكافي والتهذيب^(١) عن ابن أبي عمير عن علي بن أبي حمزة « قال : قلت لأبي الحسن عليه السلام : تزوج رجل امرأة على خادم ، قال : فقال : لها وسط من الخدم قال : قلت : على بيت ؟ قال : وسط من البيوت » .

وما رواه في التهذيب^(٢) في الصحيح عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابنا عن أبي الحسن عليه السلام « في رجل تزوج امرأة على دار ، قال : لها دار وسط » .

وما رواه في الكافي^(٣) عن علي بن أبي حمزة « قال : سألت أبا إبراهيم عليه السلام عن رجل زوّج ابنته ابن أخيه ، وأمهرها بيتاً وخادماً ، ثم مات الرجل ، قال : يؤخذ المهر من وسط المال ، قال : قلت : فالبيت والخادم ؟ قال : وسط من البيوت والخادم وسط من الخدم ، قلت : ثلاثين أربعين ديناراً ؟ والبيت نحو من ذلك ، فقال : هذا سبعين ثمانين ديناراً ، أو مائة نحو من ذلك » .

و ظاهر المحقق في الشرايع التوقف في هذا الحكم حيث نسبته إلى « قيل » وكذا عبارة العلامة في القواعد ، ويلوح عن ابن إدريس اختياره ، حيث أورده

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ٧ مع إختلاف يسير ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٥ ح ٨٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٦ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥ ح ١ .

بصيغة « روي » ولم يرد .

وبالجملة فالظاهر من كلام المتأخرين الذين هم أصحاب هذا الاصطلاح المحدث في الأخبار أنهم ما بين جازم ببطلان المسمى والرجوع إلى مهر المثل ، وما بين متوقف في المسألة .

وأما المتقدمون الذين لا أثر لهذا الاصطلاح عندهم فإنهم قائلون بهذه الأخبار ، وقصروها على موردها لما عرفت من مخالفتها للقاعدة التي قرروها في المهر وهو الأظهر .

قال في المسالك - بعد نقل رواية علي بن أبي حمزة الأولى ومرسلة ابن أبي عمير - ما لفظه : ولا يخفى ضعف الرواية الأولى بعلي المذكور ، فإنه رأس الواقفة ، والثانية مرسلة ، لكن مرسل ابن أبي عمير قبله الأصحاب ، اعتماداً منهم على أنه لا يرسل إلا عن الثقة ، مع أنه راوي الرواية الأولى عن ابن أبي حمزة ، فإن تم ما قالوه فهو يتسامح في الرواية مع ذكر المزوي عنه لاسم تركه ، ولا بد لهذه الدعوى من إثبات ، والأقوى بطلان المهر كغيره ، والرجوع إلى مهر المثل لما ذكر ، ولأن الوسط من هذه الأشياء لا ينضبط بل هو مختلف اختلافًا شديدًا خصوصاً مع عدم تعيين بلد الدار والبيت ، انتهى ^(١)

(١) والنحو ما نقلناه عن المسالك صرح المحقق الثاني في شرح القواعد فقال بعد رد الروایتين الأولين بضعف السند : ومع ذلك لا يمكن العمل بهما ، لأن الوسط من الدور والبيوت والخدام ليس شيئاً معيناً مضبوطاً ولا هو مختلف اختلافاً يسيراً ، بل هو في غاية البعد عن القسط ، فإن الأعلى والأدنى من ذلك لا يكاد يوقف عليه ، والوسط أن أريد به ما بين الطرفين فمعلوم شدة اختلاف أفراده وتباين قيمتها ، وأن ذلك طريق للتنازع والتخاصم ، وموقع للمحاکم في التحديد وأن أريد أوسط ما بين الطرفين فهو أبعد ، ولأن هذا لا يكاد يوقف عليه ، فالقول بعدم الصحة والرجوع إلى مهر المثل لا يخلو من قوة ، لأن الشارع أحكم من أن يضبط الأحكام بما لا ينضبط ، انتهى . واقتضاه في هذا الكلام السيد في

أقول: لا يخفى أن ما جرى عليه المتقدمون من المعاصرين للأئمة إلى زمان المحقق والعلامة ومن في عصرهم من أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إنما هو صحة هذه الأخبار المنقولة في أصولهم المشهورة، والصحة والضعف عندهم ليس باعتبار الراوي، و تعليل العمل بمراسيل ابن أبي عمير بما ذكره إنما هو تخريج من المتأخرين بناءً على عملهم بهذا الاصطلاح و ضيق الخناق فيه، فيعتذرون بهذه الأعذار الواهية ليتوسع لهم المجال إلى العمل بالأخبار، ويحوه قولهم بجبر الخبر الضعيف بالشهرة، إذ لا يخفى على المتأمل بالفكر الصائب أنه لو اقتصر في العمل بالأحكام الشرعية على الأخبار الصحيحة باصطلاحهم لبطلت هذه الشريعة من أصلها واضمحلت بكلها أصولاً وفروعاً، إذ ليس في هذا القسم من الأخبار ما يفي بأقل قليل من الأحكام كما لا يخفى على ذوي الأفهام، والمنقول عن ابن أبي عمير في إرساله الروايات إنما هو حيث ذهبت كتبه لما كان في حبس الرشيد خمس سنين، فقيل: إن اخته وضعتها في غرفة فذهبت بالمطر، وقيل: إنها دفنتها تلك المدة حتى ذهبت، فحدث لذلك من حفظه وأرسل الأخبار لذلك، ولكنهم لضيق الخناق في اصطلاحهم واحتياجهم إلى العمل بأخباره لفقوا لأنفسهم هذا الاعتذار الشارد. وبالجملته فالكلام في هذا الباب واسع ليس هذا مقامه، على أن لقائل أن يقول: إن ما ادعوه من القاعدة في المهر فإنه لا بد بعد ذكره في العقد من الإشارة إليه أو وصفه بما يحصل به التعيين لم نفهم فيه على نص يوجب الالتزام به، ورد ما خالفه إليه، وإنما هو مجرد اصطلاح منهم بزعم أن الجهالة فيه

شرح النافع، وقد عرفت ما فيه وما يستبعده به - من أن الشارع أحكم من أن يضبط الأحكام بما لا يضبط - مردود بأن الأمر على ما يفهم من الأخبار في هذا المقام وفي باب البيع وغيره من العقود ليس على ما ضيقوه، بل هو أوسع من ذلك كما تقدم في غير موضع من الكتب السالفة. (منه - قدس سره -) .

تؤدي إلى النزاع: وقد عرفت ما في الاستناد إلى الأدلة العقلية في الأحكام الشرعية لورود الأخبار بخلافها في مواضع لا تحصى مما أمر بك ، وسيأتي أمثاله إن شاء الله ، ويؤيد ما قلناه ما صرحوا به آنفاً من اغتفار الجهالة في المهر ، وجوازه بمثل قبضة من طعام ونحو ذلك على أن ما ذكره من أن الوسط لا ينضبط بل هو مختلف اختلافاً شديداً إن أريد به الانضباط على تقدير ما اختاروه مسلم ، ولكن لا دليل عليه وإن أريد في الجملة ، وإن حصل الاختلاق أيضاً في الجملة فهو غير ضائر ولا مانع من الصحة كما تشير إليه الرواية الثالثة ، ولم يذكرها أحد منهم فإن ظاهرها أن الوسط الذي يؤخذ به في قيم هذه الأشياء هي هذه المقادير المذكورة في الخبر لصدق الوسط على كل منها عرفاً .

وبالجملة فإن الأمر بالنظر إلى الأخبار أوسع مما ضيقوا به في هذا الموضوع وغيره مما تقدم ، وتقدم الكلام فيه .

وكيف كان فالأحوط الوقوف على ما ذكره من القاعدة وما يترتب عليها من الفائدة ، والوقوف على موارد هذه الأخبار جمعاً بين ما ذكره ، وبين ما دلّت عليه الأخبار المذكورة ، والله العالم .

المسألة السابعة : لو تزوجها على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ ولم يسم مهرأ فالمشهور من غير خلاف يعرف ، بل ظاهر المحقق الشيخ علي والشهيد الثاني في الروضة إن ذلك إجماع أن مهرها خمسمائة درهم لما عرفت من الأخبار المتقدمة أن مهر السنة هو هذا القدر .

ويدل على هذا الحكم بخصوصه ما رواه في التهذيب^(١) عن أسامة بن حفص ، وكان قيساً لأبي الحسن موسى عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرأ وكان في الكلام أن تزوجك على كتاب الله وسنة نبيه ، فمات عنها أو أراد أن يدخل بها ، فما لها من المهر ؟ قال : مهر السنة ، قال : قلت : يقولون أهلها

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ١ .

مهوور نساؤها ، قال : فقال : هو مهر السنة ، وكلما قلت له شيئاً قال : مهر السنة .
وظاهر شيخنا الشهيد الثاني في الروضة موافقة الأصحاب في الحكم المذكور
من غير إشكال ولا مناقشة ، قال بعد ذكر المصنف الحكم المذكور ما لفظه : للنص
والإجماع ، وبهما يندفع الإشكال مع جهل الزوجين أو أحدهما لما جرت به السنة
منه ، ولقبوله الغرر كما تقرر ، والعجب أنه خالف نفسه في المسالك فناقش أولاً
في صدق كون ذلك على كتاب الله ، حيث إنه ليس في الكتاب ما يدل على كون
المهر خمسمائة ثم التجأ إلى قوله « وما آتاكم الرسول فخذوه »^(١) قال : ومما
آتانا به كون السنة في المهر ذلك ، ثم نقل رواية اسامة بن حفص المذكورة
وطعن في سندها بالضعف ، ثم قال : فإن كان على الحكم إجماع ، وإلا فلا يخلو من
إشكال ، لأن تزويجها على الكتاب والسنة أعم من جعل المهر مهر السنة ، كما
لا يخفى ، إذ كل نكاح مندوب إليه بل جائز فهو على كتاب الله وسنة نبيه ﷺ
ثم على تقدير إرادتهما بذلك كون المهر مهر السنة ، ففي الاكتفاء بذلك عن
ذكر القدر في المقد نظر ، كما لو قال : تزوجتك على المهر الذي تزوج به فلان ، انتهى .
أقول : أما المناقشة الأولى فإنها مدفوعة أولاً بالرواية المذكورة و ثانياً
بالأخبار المستفيضة الدالة على أنه لا حكم من الأحكام إلا وهو مذكور في القرآن
حتى أُرش الخدش ، والجلدة ونصف الجلدة ، وفي جملة من الأخبار ما يدل على
استنباطهم ﷺ لجملة من الأحكام المخصوصة من آيات القرآن ما لم تبلغه عقولنا
ولا تصل إليه أفهامنا ، وحينئذٍ فعدم علمه ومعرفة - رحمة الله عليه - هو وغيره
لهذا الحكم من القرآن لا يدل على العدم ، كما لا يخفى .

وأما المناقشة الثانية فإنها مدفوعة بالخبر المذكور المنجبر بالشهرة ، إذ
لا يخالف في الحكم المذكور وهو ممن نقل الإجماع عليه في الروضة كما سمعت ،
وهذه قاعدة مسلمة بين أصحاب هذا الاصطلاح بالاتفاق ، وإن كانت ناشئة عن

(١) سورة الحشر - آية ٧ .

ضنك المجال في هذا الاصطلاح وضيق الخناق كما تقدمت الإشارة إليه .
ومما ذكرنا يعلم الجواب عن المناقشة الثالثة ، فإنه متى ثبت المذكور
وجب القبول لما اشتمل عليه من الأحكام ، ومنها ما ذكره في هذا المقام .
وبالجملة فإن الظاهر هو العمل بالخبر المذكور ، وما تضمنته من الأحكام ،
ومنه يستفاد صحة العقد وإن كانا جاهلين بقدر مهر السنة كما أشار إليه في
الروضة ، وأما مع علمهما بذلك فينبغي القطع بالصحة .
وكيف كان فهذا الخبر مؤيد لما قدمنا ذكره في المسألة السابقة من سعة
الدائرة في صحة العقود ، وأنها ليست على الوجه الذي ضيقوه واشترطوه من
الشروط الموجبة للتعين والتشخيص على وجه لا يتطرق إليه الجهالة الموجبة
للتخاصم والتنازع .

المسألة الثامنة : لو سمي لها مهرأ ولأبيها أو غيره من الأولياء أو داسطة
أو أجنبي شيئاً فظاهر كلام جملة من الأصحاب كالمحقق في الشرايع والعلامة في
في القواعد وغيرهما في غيرهما التفصيل في ذلك بين أن يكون المشروط لغيرها
خارجاً عن المهر ويكون جزءاً من المهر ناسبين الثاني إلى لفظ قيل ، وحينئذ
فتحقيق الكلام في هذا المقام في موضعين :

الأول: أن يكون المشروط لغيرها خارجاً عن المهر بأن يجعل مهرها مثلاً
ألفاً ويعقدان على ذلك ، ويشترطان لأبيها أو غيره في العقد شيئاً آخر زائداً على
الألف ، وظاهر الأصحاب الاتفاق على صحة المهر الذي جعله للزوجة وبطلان
ما سماه لغيرها ، وبذلك صرح الشيخ في النهاية فقال : لو عقد على امرأة و سمي
لها مهرأ ولأبيها أيضاً شيئاً كان المهر لازماً له ، وما سماه لأبيها لم يكن منه عليه شيء .
واستند الأصحاب فيما ذكره هنا إلى حسنة الوشاء^(١) عن الرضا عليه السلام قال :

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٩

لو أن رجلاً تزوج امرأة وجعل مهرها عشرين ألفاً وجعل لأبيها عشرة آلاف كان المهر جائزاً ، والذي جعله لأبيها فاسداً .

وإطلاق الخبر يقتضي عدم الفرق بين كون المجمعول لأبيها تبرعاً محضاً ، أو لأجل وساطة وعمل محلل ، ولا بين كون المجمعول له مؤثراً في تقليل مهر الزوجة بسبب جعله في العقد ، وقصدها إلزامه به وعدمه .

ونقل عن ابن الجنييد أنه قال : ولا يلزم الزوج غير المهر من جمالة جعلها لولي أو واسطة ، ولو وفي الزوج بذلك تطوعاً كان أحوط لقول النبي ﷺ (١) « أحق الشروط ما تكثر به الفروج » ، فإن طلقها قبل الدخول لم يكن عليه إلا نصف الصداق دون غيره ، فإن كان قد دفع ذلك رجع عليها بنصف المهر ، وكذلك الجمالة على الواسطة .

وقال في المختلف : والوجه أن نقول إن كان قد جعل للواسطة شيئاً على فعل مباح ، وفعله لزمه ولم يسقط منه شيء بالطلاق ، لأنه جمالة على عمل محلل مطلوب في نظر العقلاء ، وكان واجباً بالفعل كغيره ، وإن لم يكن على جهة الجمالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه منه شيء سواء طلق أو لا .

واعترضه في المسالك بأن ما ذكره جيد إلا أنه خارج عن محل الفرض ، لأن الكلام فيما يشترط في العقد ويلزم بمجرد ، وكذلك كلام ابن الجنييد ، وإنما جعل الوفاء به على وجه الاحتياط رعاية للحديث النبوي ، وإذا دفعه على هذا الوجه لا يملكه القابض بمجرد الدفع ، فيجوز الرجوع فيه بعده سواء طلق أم لا ، لكن فرضه مع الطلاق نظراً إلى فوات المطلوب من النكاح ، فلم نجد في الرجوع مخالفة للحديث .

وما ذكره في المختلف إنما يلزم من حيث الجمالة ، لا من حيث ذكره في العقد بل ذكره في العقد بدون لفظ يقتضي الجمالة لغيره ، فهو خارج عن محل

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١٢ وفيه « عن أمير المؤمنين - عليه السلام - مع اختلاف يسير .

الفرض ، وبتقدير وقوعه بالجمالة على عمل محلل لا إشكال في لزومه بالفعل وعدم الرجوع فيه بالطلاق حيث لا يكون له مدخل في ذلك ، إنتهى وهو جيد .

أقول : لا يخفى أن ما ذكره في فرض المسألة كما قدمنا ذكره وكذا ما يفهم من ظاهر الخبر من الاطلاق لا يخلو من الاشكال ، والأنسب بالقواعد الشرعية والضوابط المرعية هو أن يقال : إنه إذا تزوج المرأة وسمي لها مهرأ ، وسمي لأبيها أو غيره شيئاً بحيث يكون المجموع في مقابلة البضع فإنه يسقط ماسمى لغيرها ، لأن المهر إنما هو حق الزوجة في مقابلة البضع دون غيرها ، وعلى ذلك يحمل إطلاق الخبر المذكور .

وبالجملة فإن سقوطه لابد أن يكون من حيث استناده إلى عقد النكاح ، وإلا فلو شرط له شيئاً على جهة التبرع خارجاً عن المهر وعن كونه جمالة فلا مانع من صحته ، وقضية الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشرط وجوب الوفاء به ، ولا فرق في ذلك بين كون الاشتراط المذكور باستدعاء الزوجة أو بفعل الزوج ابتداءً ، وينبغي على تقرير صحة الشرط المذكور أن لا يؤثر الطلاق فيه كما هو ظاهر ، وبما ذكرناه يظهر لك أيضاً ما في قول العلامة في المختلف ، وإن لم يكن على جهة الجمالة بل ذكره في العقد لم يكن عليه منه شيء ، فإنه على إطلاقه ممنوع ، فإنه لو وقع على جهة الشرط كما ذكرناه فما المانع من لزومه ، بل ظواهر أخبار وجوب الوفاء بالشرط يقتضي وجوب الوفاء به ، طلق أو لم يطلق .

الثاني : أن يكون المشروط من جملة المهر ، وظاهر كلام ابن الجنييد لزومه ، حيث قال - على أثر الكلام المتقدم نقله عنه - : فإن كانت المرأة اشترطت رجوع عليها بنصف صداقها ، ونصف ما أخذته من الذي شرطت له ذلك ، لأن ذلك كله بعض الصداق الذي لم ترض بنكاحها إلا به ، والمشهور بين الأصحاب على ما نقله في المسالك عدم الصحة نظراً إلى ما قدمنا ذكره من أن المهر حق للزوجة ،

فشرطه لغيرها منافي لمقتضى العقد، ومن ثم "إن" المحقق - رحمه الله - إنما نسب القول باللزوم^(١) إلى لفظ قيل كما قدمت الإشارة إليه، وربما أتد كلام ابن الجنيدي هنا بعموم الأخبار الدالة على أن^(٢) "المؤمنين عند شروطهم"، ولأن" عطيتها من مالها جائز، فاشترطه في العقد لا يخالف السنة، ونقل عن الشهيد في شرح نكت الارشاد الميل إليه، وكذلك المحقق الشيخ علي^(٣) وهذا القدر المشروط هنا ينتصف بالطلاق لأنه من جملة المهر كما هو المفروض بأن شرط عليها بعد فرضه مهرها أن يدفع إلى أبيها منه شيء، فمتى طلقها رجع عليها بنصف المجموع، وبذلك صرح الشيخ علي فيما طوينا من كلامه وهو صريح عبارة ابن الجنيدي المذكورة.

المسألة التاسعة: قال في الشرايع: لا بد من تعيين المهر بما يرفع الجهالة، فلو أصدقها تعليم سورة وجب تعيينها ولو أبهم فسد المهر، وكان لها مع الدخول مهر المثل.

وقال في المسالك - بعد ذكر ذلك -: من جملة المفسد للمهر جهالته، فمتى عقد على مجهول كدابة و تعليم سورة غير معينة بطل المسمى، لأن الصداق وإن لم يكن عوضاً في أصله، إلا أنه مع ذكره في العقد يجري عليه أحكام

(١) قال المحقق في الشرايع ولو سمي للمرأة مهراً ولأبيها شيئاً معيناً لزم ما سمي لها وسقط ما سمي لأبيها، ولو أمهرها مهراً و شرط أن تعطي أباهاً منه شيئاً معيناً قبل: يصح المهر والشرط بخلاف الأول. وفي معناها عبارة القواعد - (منه - قدس سره) - .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

(٣) حيث قال في شرح القواعد: والذي يقتضيه النظر - إلى أن قال -: وإن كان قد سمي

المجموع للزوجة مهراً و شرط عليها أن تدفع إلى أبيها منه شيئاً على جهة التبرع منه والإحسان، فالفساد لا وجه له، لأن ذلك شرط لا يخالف الكتاب والسنة، فلا وجه لإبطاله، وعلى هذا لو طلقها يرجع بنصف المجموع لأن جميعه هو المهر، إنتهى وهو مؤيد لما ذكرناه. (منه - قدس سره) - .

المعاوضات ، والجهالة من موانع صحتها ، فيثبت مهر المثل مع الدخول ، والمتعة مع الطلاق ، كالمفوضة ، لا بمجرد العقد لأن فساد المهر باعتبار الجهل به الموجب لتعذر تقويمه صير العقد كالخالي عن المهر ، فلا يثبت مثل المهر بمجرد العقد كما صرح به المصنف وغيره ، وفهم خلاف ذلك وهم ، إنتهى .

أقول : قد عرفت ممّا قدّمنا ذكره أن ما ذكره من اشتراط التعيين على الوجه الذي ذكره ممّا لم يقم عليه دليل ، بل ربّما ظهر من الأدلة خلافه^(١) وصحيحة محمد بن مسلم المتضمنة لحكاية المرأة التي طلبت من النبي ﷺ أن يزوجهّا ظاهر فيما قلناه ، فإنه ﷺ قال في المرأة الثالثة : أنحسن من القرآن شيئاً ؟ قال : نعم ، قال : قد زوجتكها على ما تحسن من القرآن ، فعلمها إياه ، ومن الظاهر أن هذه صيغة العقد مع أن ما يحسنه غير معلوم ولا مضبوط بكونه سورة أو أقل أو أكثر ، فأى جهالة أشد من هذه الجهالة ، وهم قد أثبتوا الجهالة فيما لو أصدقها تعليم سورة ، وهي أعم من الطويلة والقصيرة فلا بد من تعيينها ، والخبر قد تضمن ما يحسن من القرآن ، وهو أشد إجمالاً وإبهاماً ، والرواية صحيحة باصطلاحهم ، وقد تلفتوها بالقبول في جملة من الأحكام التي اشتملت عليها ، وهي ظاهرة في خلاف ما ذكره هنا .

وقد عرفت أيضاً ورود الأخبار بصحة التزويج على الدار والبيت والخادم ، وأن لها وسطاً من هذه الأشياء ، ومن الظاهر أن هذه الأشياء إنما خرجت مخرج التمثيل ، فالحكم بالصحة غير مقصور عليها ، لكنهم من حيث الالتزام بهذه القاعدة التي اتفقوا

(١) ويشير الى ما ذكرناه ما صرح به السيد السند في شرح النافع حيث قال : وربما ظهر من صحيحة محمد بن مسلم المتضمنة لقصة تلك المرأة التي طلبت من النبي - صلى الله عليه وآله - أن يزوجهّا جواز كون المهر مجهولاً فإنه - صلى الله عليه وآله - زوجها على ما يحسن من القرآن من غير أن يسأله عما يحسن من ذلك ، إنتهى .

عليها في المهر قصرُوا الحكم فيها على مورد هذه الأخبار، وإلا فالحق "أن هذه القاعدة وإن اتفقوا ظاهراً عليها لکن لما كانت غير منصوطة ولا دليل عليها في الأخبار فإنه بالنظر إلى الأخبار الواردة في المقام ممّا ذكرناه وغيره لامانع من صحّة العقد فيما منعوا منه، ويؤيد ذلك الأخبار الدالة على أن المهر ما تراضيا عليه من قليل أو كثير، فإنه بإطلاقه شامل للمجهول الذي منعوا من العقد عليه، على أنهم قد صرّحوا - كما قدمنا نقله عنهم آنفاً في المسألة الرابعة - بالاكتفاء بالمعلومية في الجملة، حتّى أنّهم حكموا في الموضع الذي يحتاج فيه إلى تنصيف المهر بالرجوع إلى الصلح من حيث المجهولية، وعدم إمكان استعلام النصف.

ويؤيد ذلك أيضاً الأخبار المتفق على العمل بها الواردة بجعل المهر ما حكمت به الزوجة أو الزوج^(١)، فإنّ العقد قد اشتمل على مهر مجهول، ومن شروط صحته أن يكون المهر المذكور في العقد معلوماً، والاكتفاء في الصحّة بالمعلومية بعد العقد كما دلت عليه تلك الأخبار لا يوجب الصحّة بمقتضى قواعدهم، فإنّهم صرّحوا بأنّه لو عقد على مجهول بطل العقد، ولا يفيد العلم بعد ذلك صحّة، وإليه يشير قوله في عبارة المسالك المذكورة، إلّا أنّه مع ذكره في العقد تجري عليه أحكام المعاوضات، والجهالة من موانع صحّتها.

وما يؤيد ذلك أيضاً ما رواه في التهذيب^(٢) عن محمد بن مسلم عن أبي عبد الله عليه السلام قال: قلت له: ما أدنى ما يجزى من المهر؟ قال: تمثال من سكر، وحمله على تمثال مشاهد أو معلوم بأحد الوجوه خلاف ظاهر الخبر.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣١ - ٣٤.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٦، التهذيب ج . ص ٣٦٣ ح ٣٦، الوسائل ج ١٥ ص ١ ح ٢.

ومن الأخبار الظاهرة في المسألة المذكورة ما رواه الشيخ ^(١) عن بريد بن معاوية عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله عز وجل ، فقال : ما أحب أن يدخل بها حتى يعلمها السورة ، ويعطيها شيئاً ، قلت : أيجوز أن يعطيها تمراً أو زيبياً ؟ فقال : لا بأس بذلك إذا رضيت به كائناً ما كان .

والخبر كما ترى ظاهر في أن المهر تعليم سورة في الجملة وهو عليه السلام قد حكم بالصحة ، ولم يشترط تعيينها وكونها سورة كذا كما هو ظاهر كلامهم ، وليس في سند هذا الخبر معارضة يتوقف في شأنه ، إلا الحارث بن مؤمن الطاق ، وهو وإن لم يوصف بمدح ولا توثيق ، إلا أنه من أصحاب الأصول .

قال النجاشي ^(٢) بعد ذكره : روى عن الصادق عليه السلام ، له كتاب يرويه عنه عدة من أصحابنا منهم الحسن بن محبوب .

وقال الشيخ في الفهرست ^(٣) : له أصل عنه الحسن بن محبوب ، والرازي عنه هنا هو الحسن بن محبوب ، وهو مشعر بنوع مدح له ، لأن رواية هؤلاء الأجلاء عنه والاعتماد على كتابه لا يقصر عن وصفه بالمدح الموجب لعد حديثه في الحسن ، بناءً على اصطلاحهم ، وكيف كان فالخبر ظاهر في خلاف ما ذكره من اشتراط التعيين ، كما هو ظاهر للحاذق المكين .

المسألة العاشرة : قد صرحوا بأنه يجوز أن يجعل الصداق تعليم صنعة لا يحسنها بالفعل ، أو تعليم سورة لا يعلمها ونحو ذلك ، والوجه فيه أن المعتبر كونه معيناً في حد ذاته ومقدوراً عليه عادة ، ولا يشترط فيه وجوده بالفعل عنده ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ٢ .

(٢) النجاشي ص ١٠١ .

(٣) الفهرست ص ٨٩ .

بل لمكان تحصيله له بنفسه أو بمعاون ، وغايته أنه يثبت في الذمة ، ويجب دفاؤه عند المطالبة إن أمكن ذلك ، ومع عدم إمكان حصوله فيما نحن فيه من تعليم الصنعة أو السورة فإنه يرجع إلى اجرة المثل ، لأنه قيمة المهر حيث تتعذر عينه . قال في المسالك : وهل يعتبر في المعلم لها غيره المحرمية ؟ وجهان ، من استلزامه سماع صوت الأجنبية المحرم ونظيره كذلك ، ومن تقييده بخوف الفتنة ، واستثناء نظر يمكن معه التعليم ، وقد تقدم بحثه في بابه خصوصاً تعليم القرآن إذا كان واجباً فإنه يستثنى للضرورة ، ولا إشكال لو أمكن من وراء الحجاب . أقول : قد تقدم الكلام في أن ما ادعوه - من تحريم سماع صوت المرأة وتحريره بأكثر من خمس كلمات - وإن كان هو المشهور ، إلا أن الأدلة المعصومية في خلافه واضحة الظهور ، وتحدث النساء في مجالس الأئمة و فاطمة صلوات الله عليها مع الصحابة ، ولا سيما في مخاصمتها الميراث أمر غير منكور ، وتقدم أيضاً في كتب العبادات وغيرها إستثناء الوجه وظاهر الكفين والرجلين من المرأة ، ولهذا يجوز كشفها في الصلاة ، وحينئذ فلا إشكال في جواز تعليم الأجنبية لها ، نعم يبقى الإشكال لو فيما استلزم الفتنة فما ذكره من الكلام في المقام على إطلاقه غير موجه ، ثم إنه إن شرط تعليمها بنفسه فالظاهر أنه لا إشكال في وجوب تعلمه لتعليمها ، وأما مع عدمه فأشكال من أنه تكسب لوفاء الدين ، وهو غير واجب عليه ، ومن توقف الواجب عليه .

المسألة الحادية عشرة : إذا عقد على هذا الطرف على أنه خل في زعمها فبان خماً ، أو على شخص معين أنه عبد فبان حراً ونحو ذلك مما يظن صلاحيته لأن يكون مهراً فيظهر عدمها ، فإنه لا خلاف في صحة العقد ، لما عرفت من أن المهر ليس من أركانها ، ولا شرط في صحته ولا خلاف أيضاً في فساد المعين بعد ظهوره على خلاف ما يصلح لأن يكون مهراً ، وإنما الخلاف فيما يجب من المهر في هذه الحال ، لأن العقد صحيح والبضع لا بد له من عوض ، وفي ذلك أقوال :

(أحدها) هو اختيار ابن الجنيدي وابن إدريس والمحقق في الشرايع والعلامة في المختلف في مثل الخل في المثال المتقدم، وهكذا في باقي الأمثلة يرجع إلى مثل ذلك المظنون، وعلل بأن تراضيها وقع على ذلك الجزئي المعين الذي ظناً كونه خلاً، وهو يستلزم الرضا بالخل الكلي مهراً، لأن الجزئي يستلزم الكلي، فالرضا به يستلزم الرضا به، فإذا فات ذلك الجزئي لعدم صلاحيته للملك بقي الكلي، لأنه أحد الأمرين اللذين وقع التراضي بهما، ولأنه أقرب إلى المعقود عليه لأنه مثله، واعترضه المحقق الشيخ علي في شرح القواعد فقال: ولقائل أن يقول أن الكلي الذي وقع التراضي عليه بالعقد على الجزئي هو الكلي المقترن بالمشخصات الموجودة في ذهن المتعاقدين، وهذا يمتنع بقاءه، وإذا ارتفعت المشخصات، والمحكوم بوجوده غيره، أعني الكلي في ضمن شخص آخر وهذا لم يقع التراضي عليه أصلاً أصالةً ولا تبعاً، فإيجابه بالعقد إيجاب لما لم يتراضا عليه، وكونه أقرب إلى المعقود عليه مع تسليم صحته لا يستلزم وجوبه، لأن المهر الذي يجب بالعقد هو ما تراضا عليه، ولا يلزم من التراضي على أحد المثلين التراضي على الآخر.

أجاب في المسالك عن ذلك - بعد أن ذكره بلفظ إن قيل - بما صورته: قلنا الجزئي الذي وقع التراضي عليه وإن لم يساه غيره من أفراد الكلي، إلا أن الأمر لما دار بين وجوب مهر المثل وقيمة الخمر، ومثل الخل، كان اعتبار المثل أقرب الثلاثة، لأن العقد على الجزئي المعين اقتضى ثلاثة أشياء ذلك المعين بالمطابقة، وإرادة الخل الكلي بالالتزام، وكون المهر واجباً بالعقد، بحيث لا تنفك المرأة عن استحقاقه، حتى لو طلقها كان لها نصفه، أو مات أحدهما فجميعه، وإذا فات أحد الثلاثة، وهو الأول، وجب المصير إلى بقاء الآخرين بحسب الامكان^(١) إذ

(١) رواه النراقي في الفوائد ص ٨٨ عن عوالي اللآلي عن علي - عليه السلام - .

لا يسقط الميسور بالمعسور، وعموم^(١) «إذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم» وهما لا يوجدان معاً في ضمن وجوب مهر المثل، لأنه لا يجب إلا بالدخول عند القائل به، وإمكان وجودهما في ضمن قيمة الخمر يفسد بما سنبينه من ضعف دليله له، فلم يبق إلا المثل، ولا شبهة في أن الرضاء بالخل المعين في الظرف يستلزم إرادة كون المهر خلاً بخلاف القيمة ونحوها.

أقول: يقتضي هذا الكلام تسليم صحة ما أورده المحقق المذكور وبطلان الدليل الأدل الذي قرره، وأن المعتمد إنما هو الدليل الذي قرره هنا. (ثانيها) إن الواجب مهر المثل، إختاره العلامة في القواعد وفي أكثر كتبه مستنداً عليه بأن الكلّي غير مرضي به إلا في ضمن الجزئي المشترط، فهو منفي بتغليب التشخيص عليه، والشخصي باطل لخروجه عن المالية، فيرجع الأمر في شرط عوض لم يسلم لها فينتقل إلى مهر المثل.

وظاهر المحقق الشيخ علي في شرح القواعد إختيار هذا القول، قال في المسالك: ويشكل بما مر، وبأن مهر المثل ربّما كان زائداً عن قيمة الخل كثيراً، فلا يكون مقصوداً للزوج أصلاً، أو ناقصاً كثيراً فلا يكون مقصوداً للزوجة ولا مرضياً به، وقد قال عليه السلام والمهر ما تراضى عليه الزوجان، ولا يرد مثله في وجوب مثل الخل، لأن ذلك أقرب إلى ما تراضيا عليه، بل ربّما لم يخالف ما تراضيا عليه إلا بمشخصات لا دخل لها في المقصود ولا في المالية، فيلغو عند حصول مثل هذا العارض، إنتهى.

(ثالثها) وجوب قيمة الخمر عند مستحليه، وإليه ذهب الشيخ في المبسوط والخلاف، مستنداً إلى أن قيمة الشيء أقرب إليه عند تعذره، ولأنهما عقدا على شخص باعتبار ماليته، فمع تعذره لظهور بطلان المعاوضة عليه يصار إلى القيمة.

(١) رواه مسلم في صحيحه ج ١ ص ٥١٣، والنسائي ج ٢ ص ١.

قال في المسالك: وفيه منع بين لأن الخمر غير مقصود أصلاً، ولا وقع عليه التراضي، فكيف ينتقل إلى قيمته، واعتبارها فرع صحة العقد على العين بخلاف ما لو عقدا على الخمر عالمين به، فإنهما قد تراضيا على العين، فلا يمتنع الانتقال إلى القيمة لتعذر العين كما تقدم، وظاهر الحال أن قول المصنف أقرب الأقوال إلى مراد المتعاقدين فينبغي أن يكون العمل عليه.

ثم قال في المسالك أيضاً: هذا كله في المثلي كالخمر. أما القيمي كالعبد إذا ظهر حراً فالانتقال إلى قيمته لقيامها مقام المثل في المثلي وليس هذا كالقول الثالث، لأن ذلك يعتبر فيه قيمة العين بالوصف الواقع الذي امتنع صحته عليه بواسطته، وهنا اعتبرت القيمة باعتبار الوصف المقصود لهما، وعلى هذا فيسقط القول الثالث في القيمي لأن الحر لا قيمة له. نعم لو ظهر مستحقاً كان اعتبار قيمته جارياً على القولين، وعلى هذا فالقول بالمثل متعذر في القيمي مطلقاً، وبقيمة الواقع متعذر في الحر، فليس فيه إلا القول بقيمته أو مهر المثل، فإطلاقهم تشبيه الحكم في مسألة الحر بظرف الخمر لا يأتي على إطلاقه، بل يحتاج إلى تنقيح.

أقول: وحيث إن المسألة غير منصوصة فالاعتماد في الحكم فيها على هذه التعليقات سيما مع ما عرفت من تدافعها مشكل على طريقتنا، والاحتياط فيها واجب، والظاهر أنه يحصل بالتراضي على مهر المثل أو مثل الخل، والثاني أظهر لأنه الأقرب إلى ما ظنناه وعقدا على تقديره، والله العالم.

المسألة الثانية عشرة: لا خلاف بين الأصحاب في أن المهر مضمون في يد الزوج قبل تسليمه إلى الزوجة، وإنما الكلام في وجه الضمان في أنه هل يكون ضمانه كضمان المبيع في يد البائع والتمن في يد المشتري؛ أو كضمان المقبوض بالسوم وضمان العارية المضمونة؛ ويعبر عن الأول بضمان العقد وضمان المعاوضة، ويعبر عن الثاني بضمان اليد، وعلى تقدير الأول فالمضمون مهر المثل كما سيأتي

تحقيقه ، وعلى تقدير الثاني يكون المضمون مثل المهر إن كان مثلياً ، وقيمته إن كان قيميّاً .

وجه الأول على ما ذكره إن الصداق مملوك بمقد معاوضة ، فكان كالمبيع في البيع ، ويظهر كونه معاوضة من قوله عز وجل « وآتوهن أجورهن » ^(١) وقولهم « زدو حثك بكذا » كما يقال « بعثك بكذا » ولأنها تتمكن من رده بالعيب كما في المبيع ، وتحبس نفسها لتستوفيه بمعنى أنها تمنع عن الدخول بها حتى تقبضه كما سيأتي ذكره في محله - إن شاء الله تعالى - والحكمان الأخيران من أحكام المعاوضة .

وجه الثاني إنّه ليس عوضاً حقيقياً لجواز العقد ، وصحته بدونه وأن يكون عارياً منه وعدم انفساخ النكاح بتلفه ، ولا يفسد بفساده ، ولا يتزلزل بتزلزله ، ولا شيء من الأعراض الحقيقية كذلك ، ويؤيده أيضاً إطلاق إسم النحلة عليه في قوله سبحانه « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ^(٢) ومن أجل ما ذكرناه في هذين الوجهين حصل الاشتباه في الضمان على أحداً الأمرين المذكورين ، إلا أن المشهور في كلام الأصحاب هو الثاني كما صرح به في المسالك ، وإليه يشير كلام المحقق في الشرايع بقوله « والمهر مضمون على الزوج ، فلو تلف قبل تسليمه كان ضامناً له بقيمة وقت تلفه على قول المشهور لنا » .

قال الشارح: ونسبه بنسبته إلى القول على عدم تعيينه واحتمال القول الآخر . أقول : لا يبعد أن مراده بالنسبة إلى قول المشهور إنما هو الإشارة إلى عدم دليل من النصوص على الحكم المذكور ، وليس إلا مجرد الشهرة كما هو الغالب في عباراته وعبارات غيره .

وبالجملة فإن المسألة - كما عرفت - عارية عن النص ، وليس إلا هذان الوجهان الاعتباريان المتضادان ، ولا ترجيح لأحدهما على الآخر إلا بالشهرة المدعاة

(١) و (٢) سورة النساء آية ٥ و ٤ .

في الثاني، وفرعوا على الوجهين المذكورين فرداً منها مانحن فيه من تلف المهر في يد الزوج قبل تسليمه إذا كان التلف من جهته أو من جهة الله .

فعلى الوجه الأول يجب مهر المثل لأنه ينفسخ المهر فيرجع إلى مهر المثل، كما أنه إذا تلف أحد العوضين في البيع قبل القبض انفسخ البيع، وإنما جعل الانفساخ في البيع دون النكاح لأن العوضين من أركان البيع، بخلاف المهر، فإنه ليس بركن في عقد النكاح، وإنما أركانه الزوجان فلا يبطل النكاح بفواته قبل القبض، ومعنى كونه مضموناً عليه هو أن فواته من ماله فيكون في حكم مالولم يذكر بالكلية، ويرجع إلى مهر المثل ويكون هو الواجب، كما لو لم يذكر المهر بالكلية.

وعلى الوجه الثاني يكون مضموناً على الزوج بالمثل إن كان مثلياً، أو القيمة إن كان قيميّاً كغيره من الأموال المضمونة ضمان يد ممّا تقدم ذكره ونحوه، وأكثر الأصحاب إنما ذكروا في هذا المقام الضمان على هذا الوجه من غير أن ينقلوا قولاً بوجوب مهر المثل أو يذكروه احتمالاً في المسألة .

والظاهر أن القول بمهر المثل إنما هو للعامة، وإن ذكره بعض متأخري أصحابنا وجهاً واحتمالاً في المسألة كما يشير إليه كلام الشيخ في المبسوط حيث قال - بعد نقل القولين عن العامة - : والذي يقتضيه مذهبنا في كل مهر معين إذا تلف، فإنه تجب قيمته ولا يجب مهر المثل، لا يقال: إن ظاهر كلام العلامة ينافي ذلك، حيث إنه أوجب مهر المثل في مواضع نزل فيها المهر منزلة التالف، ومن جملتها مالو تزوجها على ظرف خد فظهر خمراً، أو ما لو تزوج المسلم على خمرة أو خنزير عالماً بالحال، فإن حكمه بمهر المثل هنا إنما يتم على تقدير ضمان المعاوضة لاضمان اليد، من حيث إن هذا في حكم التلف، مع أنه لا يقول بضمان المعاوضة في التلف الحقيقي، لأننا نقول: إن موضع البحث في البناء على ضمان المعاوضة أو ضمان اليد إنما هو بالنسبة إلى عروض التلف بعد الحكم بالصحة

كما في مانحن فيه ، لأنّه بعد صحّة المهر عرض له البطالان بالتلف ، أمّا مع فساد المهر ابتداءً من أول الأمر فلا إشكال في وجوب مهر المثل .
 والمواضع التي نقلناها عن العلامة إنّما هي من قبيل الثاني ، لا الأول ، وبذلك صرح الشيخ في المبسوط أيضاً حيث قال - عقيب ما تقدم نقله عنه - : وأمّا المهر إذا كان فاسداً فإنّه يوجب مهر المثل بلا شك ، والعلامة إنّما ذكر مهر المثل بناءً على أن المهر المذكور فاسد من أصله ، ولذلك ذكر مهر المثل .
 بقي الكلام في أنّه على تقدير الضمان بالقيمة إذا كان قيميّاً ، فالاعتبار بأيّ القيم ، هل هي قيمته وقت التلف ؟ أو أعلى القيم من حين العقد إلى حين التلف ؟ أو الأعلى من حين المطالبة إلى وقت التلف فيما إذا طالبت به و امتنع من التسليم ؟ ^(١) أقوال :

لأول أن العين مادامت موجودة لانجب القيمة قطعاً ، وإنّما ينتقل إليها مع تلف العين فيكون المعتبر فيها وقت الانتقال إليها ، ولا ينافي ذلك كون العين مضمونة عليه حينئذٍ ، لأن معنى ضمانها إنّما هو بمعنى أنها لو تلفت لوجب الانتقال إلى البدل ، وهذا القول هو الذي صرح به المحقق في الشرايع والعلامة في الارشاد قال في المسالك : وهو الأقوى . وفي القواعد اقتصر على القولين الأولين من غير ترجيح لشيء منها ، والظاهر أنّه هو المشهور كما تقدم في كتاب البيع .
 وعلل الثاني بأنّه مضمون في جميع الأوقات ، ومن جملتها ضمان علو القيمة

(١) وهذا القول للشيخ في المبسوط ، وظاهره أنه مع عدم المطالبة فالقيمة يوم التلف ، قال في الكتاب المذكور : إذا كان المثل الزوج أو أمراً سماوياً ، فإن كان مثلياً كان لها مثله ، وإن لم يكن له مثل فالقيمة ، فإن كانت قد طالبت به فمنعها فعليه أكثر ما كانت له قيمة من يوم المطالبة إلى يوم التلف لأنه كالغاصب ، وإن تلف في يده من غير مطالبة قيل : عليه قيمة يوم التلف ، وهو الأقوى ، وقيل : الأكثر ، لأنه كالغاصب إلا في الأثم ، إنتهى .
 (منه - قدس سره -) .

خصوصاً مع مطالبتها بالتسليم وامتناعه ، لأنه يصير حينئذٍ غاصباً فيؤخذ بأشق الأحوال وجوابه يعلم مما ذكر في تعليل القول الأول .

وبيانه أن ما ذكره من كونه مضموناً في جميع الأوقات ليس إلا بمعنى أنه لو تلف لوجب الانتقال إلى البدل كما عرفت ، والتعدي بالمنع بعد المطالبة ، وعدم التسليم غاية ما يوجب الائم لا الزيادة في القدر الذي قام الدليل على ضمانه ، ومنه يعلم الجواب عن الثالث أيضاً .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن المذكور في كلام غير واحد من الأصحاب هنا كما تقدمت الإشارة إليه إنما هو الضمان بالمثل أو القيمة من غير تعرض لمهر المثل ، ولا تفريع ذلك على مسألة أخرى ، وما نقلناه من تفريع ذلك على تقسيم الضمان إلى ضمان يد وضمان معاوضة لم أقف عليه إلا في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك والمحقق الشيخ علي في شرح القواعد ، وقد صرحا بأنه لو تلف المبيع في يد البايع أو الثمن في يد المشتري فإنه يفسخ البيع ويجب مثل المبيع أو قيمته في الأول ، وحيث إنه لا سبيل هنا إلى فسخ النكاح ، لأن المهر ليس ركناً فيه ، بخلاف البيع بالنسبة إلى المبيع والثمن ، فإنهما ركنان فيه ، وإنما يفسخ المهر خاصة ، كان الواجب على هذا الوجه مهر المثل ، قال في المسالك : وعلى الأول - وأراد ضمان المعاوضة - يجب مهر المثل ، كما لو تلف أحد العوضين في البيع قبل القبض ، فإن البيع يفسخ ، ويجب مثل البيع أو قيمته ، ونحوه كلام المحقق الشيخ علي أيضاً ، ولا يخلو من الاشكال .

وجه الاشكال - أن ما صرحوا به هنا من الضمان لو تلف المبيع في يد البايع فإنه يفسخ العقد ، ويجب عليه مثل المبيع أو قيمته - يناقض ما صرحوا به في كتاب البيع من أنه في هذه الصورة يبطل البيع من أصله ، ويرجع كل من المبيع والثمن إلى صاحبه الأول ، ولا ضمان بالكليّة .

قال في المسالك - بعد قول المصنف إذا تلف المبيع قبل قبضه فهو من مال

بابعة - ما صورته : المراد أنه ينفسخ العقد بتلفه من حينه ، ويرجع الثمن إلى المشتري إلى آخره ، فإنه صريح في بطلان البيع من رأس ، ولم يذكر دأمة ضماناً ولو إشارة ، ويؤكد أنه حكموا بأن بطلان البيع إنما هو بعد دخول المبيع في ملك البائع بعد انتقاله آنأما ، وأن التلف كاشف عنه .
وبالجملة فإن كلامهم ثمة ظاهر في أنه لضمان بالكيفية ، وبذلك يظهر لك أن الحكم هنا بالضمان وتسميته ضمان معاوضة ، وتوقيع النكاح عليه من هذه الجهة لا يخلو عندي من إشكال ، ولعله لقصور فهمي الفاتر وجود ذهني القاصر ، فليتمل .

المسألة الثالثة عشرة : لوظهر الصداق معيياً فلا يخلو (إما) أن يكون العيب كان قبل العقد ولكن لم تعلم به الزوجة ، والحكم فيه عند الأصحاب أن لها رده بالعيب والرجوع إلى قيمته ، ولها إمساكه بالأرض ، لأن العقد إنما وقع على السليم ، فإذا لم يجده كذلك أخذت عوض الفاتر وهو الأرض ، ولم ينقلوا فيها خلافاً . (وإما) أن يكون بعد العقد وقبل التسليم ، فالذي صرح به الشيخ في المبسوط على ما نقل عنه أنها تتخير بين أخذه بالأرض ، ورده فتأخذ القيمة كما لو تلف ، لأنه مضمون عليه وقد وقع العقد عليه سليماً ، فإذا تعيب كان لها رده ، والمشهور في كلام المتأخرين أن الذي لها في هذه الصورة أرض النقصان من غير رد ، لأنه عين حقها ، ونقصه ينجب بضمان أرضه ، وضعتوا ما ذكره الشيخ بأن كونه مضموناً بضمان اليد يوجب بقاءه على ملكها ، وضمان الفاتر لا غير ، كما لو عابت العين المغصوبة عند الغاصب ، على أنه في موضع آخر من المبسوط قوى عدم الخيار وتعيين أخذ الأرض .

أقول : لم أقف على نص في المقام وبذلك يشكل البحث فيها والكلام .

المسألة الرابعة عشرة : الظاهر أنه لا خلاف بين الأصحاب في أنه يجوز للزوجة غير المدخول بها الامتناع من تسليم نفسها حتى تقبض إذا كان المهر

حالا والزوج موسراً، وإثماً الخلاف فيما إذا كان معسراً، وكذا الخلاف لو كانت المطالبة بعد الدخول، والكلام في هذا المقام يقع في مواضع :

الاول: فيما إذا سمى لها مهرأ وكان موسراً ولم يدخل بها والمهر حال، والمشهور - بل ادعى عليه الاجماع - هو جواز الامتناع لها، ولا أعرف لهم دليلاً غير ما يدعونه من الاجماع، وأن النكاح من قبيل المعاوضات التي قد تقرر فيها أن لكل من المتعاضين الامتناع من تسليم ما في يده من العوض حتى يتسلم الآخر. قال شيخنا الشهيد في المسالك - بعد الكلام في المسألة و ذكر مقدمات مهتداً قبل الكلام في المسألة - ما صورته : وخلاصة القول فيها أن الزوجة إن كانت كاملة صالحة للاستمتاع و لم يكن قد دخل بها الزوج والمهر حال وهو موسر، فلها الامتناع من التمكين حتى يقبض مهرها بتمامه اتفاقاً، لا بمعنى وجوب ابتداء الزوج بتسليم المهر أولاً، بل إما كذلك، أو بتقابضهما معاً، بأن يؤمر الزوج بوضع الصداق في يد من يتفقان عليه أو يد عدل، وتؤمر بالتمكين، فإذا مكنت سلم العدل الصداق إليها، وهذا في الحقيقة في معنى إقباض المهر أولاً، إلا أن ما يخافه الزوج من فواته بوصوله إليها يستدرك بوضعه على يد العدل فيصير في معنى التقابض معاً، حيث إن القابض نائب عنها، وإثماً اعتبر ذلك لما تقرر في المقدمة الاولى أن في النكاح معنى المعاوضة، وفي الثانية أن لكل من المتعاضين الامتناع من الاقباض حتى يقبض الآخر وطريق الجمع ما ذكر، وفي المسألة وجهان آخران :

أحدهما: أنه يجبر الزوج على تسليم الصداق أولاً، فإذا سلم سلمت نفسها، والفرق بينهما أن فائت المال يستدرك، وفائت البضع لا يستدرك.

والثاني : لا يجبر واحد منهما، لكن إذا بادر أحدهما إلى التسليم اجبر الآخر على تسليم ما عنده، وأصحهما الأول لما فيه من الجمع بين الحقيين، وبه

يحصل الجواب عن الوجه الثاني .

وفي الثالث : أنه قد يؤدي إلى بقاء النزاع لعدم بدءة أحدهما ولا بد من نصب طريق شرعي يحسم مادته ، وهذه الأوجه قد مضى نقلها في البيع ، إنتهى كلامه علت في الخلد أقدامه .

وقال سبطه السيد السند والعلامة الأوحد السيد محمد في شرح النافع - بعد ذكر ذلك ، ونعم ما قال ، فإنه الأصح من هذه الأقوال كما لا يخفى على من عرف الرجال بالحق ، لا الحق بالرجال - ما صورته : إننا لم نقف في هذه المسألة على نص ، والذي يقتضيه النظر فيها أن تسليم الزوجة نفسها حق عليها ، وتسليم المهر إليها حق عليه ، فيجب على كل منهما إيصال الحق إلى مستحقه ، وإذا أخل أحدهما بالواجب عصى ، ولا يسقط بعصيانه حق الآخر ، فإن تم الإجماع على أن لها الامتناع من تسليم نفسها إلى أن تقبض المهر كما ذكره الأكثر أو إلى أن يحصل التقابض من الطرفين فلا كلام ، وإلا وجب المصير إلى ما ذكرناه . إنتهى وهو جيد وجيه كما لا يخفى على الفطن النبيه .

وما اعترضه به هنا بعض مشايخنا المعاصرين من المحدثين ^(١) - حيث قال بعد نقله ما صورته : وقد ظهر من كلامه أنه مخالف للأصحاب في المسألة ، وإنما خالفهم لعدم وقوفه في المسألة على نص ، مع أن الذي ذكره أيضاً خال من النص ، فلا وجه لترجيحه على كلامهم ، إنتهى - ظاهر السقوط ، وذلك لأن ما ذكره السيد المزبور وإن كان خالياً من النص على الخصوص ، إلا أنه الموافق للقواعد الشرعية والضوابط المرعية ، إذ لا يخفى أن قضية العقد أوجبت استحقاق الزوج البضع ، واستحقاق المرأة المهر ، فليس لأحدهما الإخلال بما وجب عليه في مقابلة امتناع الآخر ، وإخلاله بما وجب عليه ، وهذا بحمد الله سبحانه ظاهر لكل ناظر .

(١) هو الشيخ المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحراني في جواب المسائل الحسينية .
(منه - رحمة الله عليه -) .

وما ذكره السيد المشار إليه هنا قد سبقه إليه استاذُه المحقق الأُوحد المولى أحمد الأردبيلي - رحمه الله عليه - في كتاب البيع في شرحه على الإرشاد كما ذكره ثمة حيث قال - بعد نقل قول المصنف « ويجب على المتبايعين دفع العوضين من غير أولوية » إلى آخره - ما صورته : « إعلم أن الأكثر هكذا قالوا ، وحاصله أنها يجب عليهما معاً الدفع ، أو بعد أخذ العوض ، ويجوز لكل المنع حتى يقبض ، وكأنهم نظروا إلى أن البيع معاوضة محضة ، ولا يجب على كل منهما الدفع ، لأن العوض مال الآخر ، فما لم يأخذ العوض لا يجب إعطاء العوض ، والمسألة مشكلة كسائر ما لعدم النص ، وثبوت الانتقال بالعقد يقتضي وجوب الدفع على كل واحد منهما عند طلب الآخر ، وعدم جواز الحبس حتى يقبض ، وجواز الأخذ لكل حقه من غير إذن الآخر إن أمكن له على أي وجه كان ، لأن ذلك هو مقتضى الملك ، ومنع أحدهما حق الآخر وظلمه لا يستلزم جواز الظلم للآخر ، ومنعه من حقه فيجبرهما الحاكم معاً على ذلك إن امتنع ، فيعطي من يد ويأخذ من أخرى ، أو يقبض لأحدهما ، ويأمره بالإعطاء ، إنتهى كلامه .

وقد تكلف بعض المجتهدين من مشايخنا المعاصرين^(١) في الاستدلال للقول المشهور بأدلة لا يخلو من القصور حيث سئل عن هذه المسألة فأجاب - رحمه الله عليه - بأن لها الامتناع حتى تقبضه هي أو وكيلها وفاقاً للمشهور ، قال : لأن تقديم المهر أو بعضه هو المتعارف في جميع الأعصار وبه جرت السنة ، فعند إطلاق العقد يكون بمنزلة ما شرط تقديمه ، فلها الامتناع حتى تقبضه أو ترضى بشيء عملاً لمقتضى الشرط ، وما كان بمنزلة .

ويدل عليه ما رواه الشيخ^(٢) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا

(١) هو شيخنا أحمد الجزائري المجاور بالنجف الأشرف حياً وميتاً قدس الله سره .

(منه - قدس سره -) .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٥ الوسائل ج ١٥ ص ١٢ ح ١ .

تزوج الرجل المرأة فلا يحل له فرجها حتى يسوق إليها شيئاً درهماً فما فوقه أو هديّة من سويق أو غيره، والمعنى لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئاً ترضى به، وأمّا إذا رضيت فهي حلال له، ولا تحرم بلا خلاف، ويكون المهر ديناً عليه كما تدل عليه الأخبار.

ويدل عليه أيضاً قول أبي جعفر عليه السلام في صحيحة الفضيل بن يسار ^(١)، قالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها حل للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه، ولا شيء لها بعد ذلك.

وقول أبي عبد الله عليه السلام في صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج ^(٢)، إذا أهديت إليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها، فإن فيه إشعاراً واضحاً بأن لها الامتناع من الدخول حتى تقبض ما ترضى به، ويرشد إلى ذلك، أن فائت المال يستدرك بإقامة مثله، وفائت البضع لا يستدرك، لعدم إمكان قيام مثله مقامه. فينبغي أن يسلم المهر إليها أولاً ثم هي تسلم نفسها، فإذا أرادت مهرها وبذلت نفسها فعلى الحاكم أن يجبره على التسليم أولاً إذا امتنع، كما يجبره على الحقوق، فإن بذله لها مقدماً فعلى الحاكم أن يجبرها على تسليم نفسها إن امتنعت، وهذا هو الموافق للعدل، والمأمور به من قوله وأوفوا بالعقود والمفتى به عند الكل، انتهى. أقول: الظاهر عندي أن ما تكلفه من هذا الدليل، فإنه لا يشفي العليل، ولا يبرد الغليل، ولا يفي بالهداية إلى ذلك السبيل.

أمّا (أولاً) فإن ما ذكره من أن تقديم المهر أو بعضه لما كان هو المتعارف في جميع الأعصار، وبه جرت السنة، فهو كالشرط في إطلاق العقد، فلها الامتناع

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨.

حينئذٍ حتى قبض المهر ، لا يخفى ما فيه بعد تسليم ما ذكره على من راجع الآيات و الأخبار الدالة على التشديد في الفتوى ، فإنه لا بد من العلم واليقين فيما يحكم به ويفتى به ، و وجوب الوقوف مع الاشتباه ، وهي مستفيضة في الكافي وغيره . و من ذلك ما رواه في الكافي ^(١) بإسناده إلى زرارة قال : سألت أبا جعفر عليه السلام : ما حق الله على العباد ؟ فقال : أن يقولوا ما يعلمون ، ويقفوا عند ما لا يعلمون . وعن هشام بن سالم ^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .

وعن زياد بن أبي رجا ^(٣) عن أبي جعفر عليه السلام قال : ما علمتم فقولوا ، وما لم تعلموا فقولوا : الله أعلم .

وعن إسحاق بن عبد الله ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إن الله خص عباده بآيتين من كتابه أن لا يقولوا حتى يعلموا ، ولا يردوا ما لم يعلموا ، وقال الله تعالى و أَلَمْ يَأْخُذْ عَلَيْهِمْ مِيثَاقَ الْكِتَابِ أَنْ لَا يَقُولُوا عَلَى اللَّهِ إِلَّا الْحَقَّ ، ^(٥)

وعن حمزة الطياتر ^(٦) قال : قال أبو عبد الله عليه السلام : لا يسعكم فيما ينزل بكم مما لا تعلمون إلا الكف عنه ، والتثبت والرد إلى أئمة الهدى حتى يحملوكم فيه على القصد .

و في حديث صاحب البريد المروي في الكافي ^(٧) عن أبي عبد الله عليه السلام «أما إن شئتم عليكم أن تقولوا بشيء ما لم تسمعه منّا» إلى غير ذلك من الأخبار .

(١) الكافي ج ١ ص ٤٣ ح ٧ ، الوسائل ج ١٨ ص ١١ ح ٩ .

(٢) الكافي ج ١ ص ٥٠ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٢ ب ٤ ح ١٠ .

(٣) الكافي ج ١ ص ٤٢ ح ٤ ، الوسائل ج ١٨ ص ١٠ ب ٤ ح ٥ .

(٤) الكافي ج ١ ص ٤٣ ح ٨ .

(٥) سورة الأعراف - آية ١٦٩ .

(٦) الكافي ج ١ ص ٥٠ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٨ ص ٥٩ ح ٢٩ .

(٧) الكافي ج ٢ ص ٤٠٢ ذيل ح ١ ط طهران ، الوسائل ج ١٨ ص ٤٧ ب ٧ ح ٢٥ .

وحينئذٍ فكيف يمكن التجاسر على الحكم لها بالامتناع من تسليم نفسها بعد ملك الزوج للبضع بالعقد، وأنه هو الناقل له، والمبيع للزوج التصرف فيه بمجرد هذا التخيير الشارد، والتكلف البارد، وغاية ما يمكن أن يقال فيه أنه محتمل لذلك، لأنه دليل شرعي يصح تأسيس الأحكام الشرعية به وترتيبها عليها، ولوصح الاعتماد على مثل هذه التخریجات في الأحكام الشرعية لاتسع المجال وعظم الاشكال، سيما مع ما عرفت من استفاضة الآيات والروايات بالنهاي عن القول والفتوى بغير علم قطعي، ويقين شرعي كما عرفت.

وأما (ثانياً) فإن ما استند إليه من رواية أبي بصير - وأن المعنى أنه لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها مهرها أو شيئاً ترضى به - فقيه أن المراد من الرواية كما ذكره الأصحاب قديماً و حديثاً إنما هو كراهة الدخول بها قبل ذلك، وكيف لا، وهو قد استباح فرجها بالعقد، وملك بضعها بذلك، فكيف يتوقف حلها على دفع المهر أو شيء آخر مع اتفاق الأصحاب على أن المهر ليس ركناً في العقد، ويملك البضع بدون ذكره بالكليّة.

ويوضح ذلك بأنهم إيضاح قيام غير المهر مقامه في ذلك، فإن الاتفاق قائم على أن حل الفرج لا يتوقف على ذلك بالكليّة، فكيف يتوهم من لفظ لا يحل هنا التحريم، والحال كما عرفت.

ومن الأخبار الظاهرة فيما ذكرناه صحيحة يريد العجلي (١) عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل تزوج امرأة على أن يعلمها سورة من كتاب الله، فقال: ما أحب أن يدخل حتى يعلمها السورة أو يعطيها شيئاً، قلت: أيجوز أن يعطيها تمراً أو زبيباً؟ قال: لا بأس بذلك إذا رضيت به كائن ما كان.

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٤، التهذيب ج ١ ص ٣٦٧ ح ٥٠، الرسائل ج ١٥ ص ١٢

وروى أحمد بن محمد بن عيسى ^(١) في كتاب النوادر عن أحمد بن محمد بن أبي نصر
« قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بنسية ، فقال : إنَّ أبا جعفر
عليه السلام تزوج امرأة بنسية ، ثمَّ قال لأبي عبد الله عليه السلام : يا بني ليس عندي من صداقها
شيء أعطيها إياه و أدخل عليها ، فاعطني كساءك هذا فاعطيها إياه ، فأعطاه
ثمَّ دخل بها . »

و في موثقة أبي بصير ^(٢) « قال : تزوج أبو جعفر امرأة فزارها و أراد أن
يجامعها ، فألقى عليها كساء ثمَّ أتاها ، قلت : أرايت اذا أوفى مهرها أله أن يرتجع
الكساء ؟ قال : لا إنَّما استحلَّ به فرجها . »

وإنَّما حملنا هذه الأخبار على الكراهة ، لما يازاها من الأخبار الدالة على
جواز الدخول بها من غير أن يعطيها شيئاً .

و منها رواية عبد الحميد بن عواض ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام الدالة على أنه
يصلح أن يواقعها ولم ينقدها من مهرها شيئاً .

و في رواية أخرى ^(٤) له عنه عليه السلام « قال : قلت له : أتزوج المرأة و أدخل بها
ولا أعطيها شيئاً ؟ قال : نعم يكون ديناً لها عليك . »

و في ثالثة له ^(٥) « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون

(١) الوسائل ج ١٥ ص ١٣ ح ٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ب ٣٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦
ب ٨ ح ١٠ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦
ب ٨ ح ٩ .

(٥) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤
ب ٨ ح ٢ .

عنده ما يعطيها فيدخل بها؟ قال: لا بأس، إنما هو دين لها عليه،
ومارواه أحمد بن محمد بن عيسى^(١) في كتاب النوادر في الموثق عن زراة قال:
سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة، أيحل له أن يدخل بها قبل أن يعطيها
شيئاً؟ قال: نعم.

ولو تم ما ذكره من أنه لا يحل له جبرها على فرجها حتى يسوق إليها
مهرها أو شيئاً ترضى به، للزم طرح هذه الأخبار، مع أنها هي المعتضدة بالاتفاق
على التحليل بالعقد، وأنه هو المبيح لذلك لا غير.

وأما ما اشتمل عليه خبر أبي بصير من أنه لا يرجع الكساء، لأنه إنما
استحل فرجها به، فإنه محمول على تأكد استحباب الدفع إليها شيئاً قبل
الدخول، وذلك لأنه إنما استحل فرجها بالعقد لا بما دفعه أخيراً من مهر أو
هدية، وما استند إليه من لفظ «لا تحل»، وأنه محمول على ظاهره من التحريم
فهو مما لا يتجسمه محصل، للاتفاق نصاً وفتوى على التحليل بالعقد، فلا بد
من الحمل على المجاز كما ورد في قوله عليه السلام «لا يحل» لامرأة تؤمن بالله واليوم الآخر
أن تدع عانتها فوق عشرين يوماً، رواه في الكافي^(٢)، على أن ما اعتمده من هذه
الأخبار مدخول أيضاً من وجهين:

أحدهما: إن مقتضى كلامه أن الأمر بدفع هذه الأشياء قبل الدخول إنما
هو ليرضيها، وإلا فلو رضية من غير شيء فهي له حلال، والمفهوم من الأخبار
التي تلوها أن دفع ذلك إنما هو من حيث إنه السنة في الدخول قبل دفع المهر،
فإنه يدفع لها ذلك، وإن رضية بالدخول بغير شيء بالكيفية إذ لا إشعار في شيء
منها بأن الدفع إنما هو لامتناع المرأة من الدخول، وأن إعطاء إنما هو
لاسترضائها، وأخبار الكساء الذي ألقاه الباقر عليه السلام على امرأته ثم أتاها ظاهرة

(١) الوسائل ج ١٥ ص ١٨ ح ١٧.

(٢) الكافي ج ٦ ص ٥٠٦ ح ١١، الوسائل ج ١ ص ٤٣٩ ب ٨٦ ح ١.

فيما قلناه ، وكذا غيرها .

و ثانيهما : إن محل البحث و مطرح الكلام هو أن لها الامتناع حتى تقبض المهر ، والذي دلت عليه هذه الأخبار هو الاكتفاء بدفع شيء على جهة الهدية ، وأنه ليس لها الامتناع بعد ذلك ، وأحدهما غير الآخر ، وحينئذ فلا دلالة فيها على ما ادعوه .

و أما (ثالثاً) فإن ما استند إليه من صحة الفضيل بن يسار و صحة عبد الرحمن بن الحجاج الداليتين على سقوط المهر بالدخول ، فمع أنهما لا إشعار فيهما بما نحن فيه كما ادعاه وسجل عليه بأنه إشعار واضح ، فالقول بما دلّ عليه مرغوب عنه كما سيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى في محله .

وكيف كان فما ادعاه من إشعارهما بما ذكره لأعرف له وجهاً ، ولعل وجه الإشعار عنده بهذه العبارة التي نقلها من صحة الفضيل ^(١) و هي قوله : فالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها ، حل للزوج به فرجها من حيث الإشعار بتحريم الفرج على الزوج مع عدم الأخذ ، وإذا كان الفرج حراماً بدون ذلك فلها الامتناع حينئذ قبل الأخذ ، وفيه ما عرفت من أن حل الفرج هنا إنما حصل بالعقد ، لا بدفع المهر كلاً أو بعضاً أو غيره من هدية ونحوها ، وهذا الكلام في جملة هذه الأخبار إنما خرج مخرج التجوز في الكناية عن استحباب تقديم المهر أو بعضه أو غيره من هدية ونحوها لأنّه محمول على ظاهره فإنه باطل اتفاقاً إذ لا خلاف ولا إشكال في أن تحليل الفرج إنما حصل بالعقد ، و تؤيده الأخبار المتقدمة الدالة على جواز الدخول بها وإن لم يدفع إليها شيئاً .

وأما (رابعاً) فإن ما ذكره - من أنه يرشد إلى ذلك أن فائت المال يستدرك إلى آخره - بمعنى أنه يجب تقديم المهر إليها أولاً لأنه لو امتنعت من تسليم

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧

البضع يمكن استرجاعه منها ، بخلاف ما إذا قدمت البضع و دخل بها ، فإنه لا يمكن استردا كه إذا لم يدفع المهر .

فيه أنه أول المسألة ومحل البحث ، فإن الخصم يمنع ذلك ، ويقول : إن البضع هنا ليس بفائت ، بل هو تسليم للحق إلى مستحقه ، دفع الزوج المهر أم لم يدفع ، لأن الزوج قد ملك البضع بمجرد العقد ، كما أنها قد ملكت المهر في الصورة المفروضة كذلك ، وبما شرعناه وأوضحناه يظهر لك ما في قوله ، هذا هو الموافق للعدل والمأثور به من قوله «أوفوا بالعقود»^(١) فإن فيه أن دعوى موافقته للعدل عدول عن المنهج الواضح ، بل الموافقة للعدل إنما تحصل بالجري على ما اقتضاه العقد من انتقال كل من العوضين إلى الآخر ، و وجوب تسليمه إليه من غير توقفه على شيء ، و هذا هو المأثور به في قوله عز وجل «أوفوا بالعقود» ، حيث إن قضية العقد إنتقال البضع إلى الزوج والمهر إلى الزوجة ، فيجب على كل منهما الوفاء بما اقتضاه العقد من الانتقال على الوجه المذكور من غير توقف لأحدهما على الآخر ، وحينئذ فالآية عليه لاله ، وبالجمله فإن جميع ما لفته في هذا المقام وزعم أنه دليل واضح فهو من جملة الأوهام التي لا يرجع عليها في الأحكام .

الثاني : الصورة الأولى بحالها ولكن الزوج معسر ، والمشهور أن الحكم فيها كما تقدم من جواز الامتناع لها حتى قبض المهر ، وإنما الفرق بين الصورتين عندهم بالائتم وعدمه ، فإنه مع اليسار ومطابقتها بأتم الزوج بالمنع ، وتستحق عنده النفقة ، وإن لم تسلم نفسها إذا بذلت التمكين بشرط تسليم المهر ، وأما مع إعساره فلا إئتم عليه بالتأخير .

وفي استحقاق النفقة وجهان^(٢) وذهب ابن إدريس إلى أنه ليس لها الامتناع

(١) سورة المائدة - آية ١ .

(٢) أحدهما : العلم لإنتفاء التمكين حيث أنه معلق بأمر ممتنع عادة ، وهو إختبار الشهيد في شرح الإرشاد ، وثانيهما : أنها تستحق النفقة كما في الموسر لإشراكها في بذل التمكين

مع الاعسار لمنع مطالبته ، فيبقى وجوب حقه بلامعارض ، واختاره السيد السند في شرح النافع ، وهو جيد ، واعترضه المحقق الشيخ علي ومثله الشهيد الثاني بأن منع المطالبة مع الاعسار لا يقتضي وجوب التسليم قبل دفع العوض ، ولأن النكاح نوع معاوضة ، فلا يجب تسليم أحد العوضين بدون الآخر ، و إلى ما ذكره يعيل كلام شيخنا المحدث المعاصر المتقدم ذكره ^(١) حيث قال - في رد كلام ابن إدريس بناءً على ما ذكره في المسألة السابقة - : إن الذي اقتضاه الدليل أمران ، أحدهما جواز الامتناع قبله ، والثاني جبره على تسليم المهر إليها إذا طلبته ، والاعسار إنما رفع الثاني ولا يستلزم رفع الأول .

وأنت خير بعد الإحاطة بما أسلفناه ما في كلاميهما من النظر الظاهر ، ومن ثم مال إلى ما اخترناه في هذه المسألة و في السابقة المولى الفاضل ملا محمد باقر الخراساني في كتاب الكفاية .

قال السيد السند في شرح النافع - بعد نقل كلام المحقق الشيخ علي المتقدم ما صورته : و هو مدفوع بعموم ما دل على أنه يجب للزوجة طاعة الزوج خرج من ذلك ما إذا امتنع من تسليم المهر إليها مع يسار ، فيبقى ما عداه مندرجاً في العموم ، انتهى .

واعترضه هنا أيضاً شيخنا المحدث المذكور بأن فيه نظراً ، لأن مقتضى هذا الدليل يتناول المعسر والموسر معاً ، وقد قرر سابقاً أن مقتضى النظر أن ليس

بشرط تسليم المهر ، وإمتناع التسليم عادة ، ولا دخل له في الفرق سيما أنه يمكن الاجتماع بالعرض ونحوه ، وهو إختيار شيخنا الشهيد الثاني - قدس سره - في المسالك .
(منه - قدس سره -) .

(١) هو شيخنا المحدث الصالح الشيخ عبد الله بن صالح البحراني - قدس سره - وشيخنا المعاصر الآخر قدمنا ذكره أيضاً إنما هو من المجتهدين ، والإشارة بالمحدث قرينة أرادة الأول دون الآخر . (منه - قدس سره -) .

لها الامتناع وإن عصى، لعدم النص^١ على ذلك، وليس الاجماع عنده متحققاً، فما
بإله يرد^٢ كلام الشيخ بحجة لم يتحقق عنده، فإما أن يقول الأصحاب مطلقاً،
أو يخالفهم مطلقاً، فإن^٣ التفصيل مدخول، والدليل معلول. إنتهى، وظنتي أن
ما اعترضه به - رحمه الله عليه - لا وجه له.

أما (أولاً) فلأن^٤ كلام السيد - رحمه الله عليه - في المسألة الأولى ليس بصريح
في الجزم والفتوى بما ذكره بل علق ذلك على ثبوت الاجماع وعدمه، فإن ثبت
الاجماع على ما ادعوه كان الأمر على ما قالوه، وإلا وجب المصير إلى ما ذكره،
ولم يصرح بأن^٥ الاجماع عنده متحقق أو غير متحقق، بل الاجماع عنده في مقام
الاحتمال، فلذا جعل الحكم في قالب الاجمال.

و(ثانياً) إن^٦ كلامه هنا إنما جرى فيه على طريق المماثلة مع الأصحاب
فيما ذكره في تلك المسألة فإنه على تقدير صحة كلامهم في المسألة السابقة لا يتم^٧
إلحاق هذه بها، وجعلها مثلها - كما ادعوه - لظهور الفرق بينهما بما ذكره من
أن^٨ ما دل^٩ (١) على عموم إطاعة الزوجة للزوج وإن خصص في تلك المسألة بالاجماع
المدعى على جواز امتناعها، إلا أنه لا منخصص هناله، لعدم تحقق الاجماع في
المسألة، وهو كلام صحيح لا غبار عليه، ولا يتطرق القدرح بوجه من الوجوه إليه،
ثم إن^{١٠} شيخنا المحدث المذكور، قال - بعد البحث في المسألة الذي من جهلته
ما نقلناه عنه - ماصورته: وعندي في كلا الحكمين توقف، لعدم الظفر بشيء من
النصوص من أهل العصمة عليه السلام فيها وقد أرجيت حكمها إلى العالم من أهل بيت
محمد - عجل الله فرجه - ورددتها إلى الله ورسوله وإليه - صلوات الله وسلامه عليه -
إنتهى كلامه.

أقول: ما ذكره من التوقف - وإن كان لا يخلو من وجه - لعدم النص^{١١} في
المسألة على الخصوص، إلا أن^{١٢} ما ذكره السيد السند المتقدم ذكره جرياً على ما ذكره

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣، الوسائل ج ١٤ ص ١١١ ب ٧٩.

شيخه المحقق الأردبيلي - عطر الله مرقديهما - في المقام لا يخلو من قرب تام لما ذكرناه من أن مقتضى العقد انتقال البضع إلى الزوج ، و انتقال حق المهر في الصورة المفروضة إلى الزوجة ، وأنه لا دليل على توقف دفع أحدهما على الآخر إلا ما يدعى من الاجماع ، وقد عرفت ما فيه في غير موضع مما تقدم ، ولا سيما في بحث صلاة الجمعة من كتب العبادات ، وما يدعونه من أن النكاح من المعاوضات ، وفيه ما عرفت أيضاً من عدم الدليل على الامتناع في المعاوضات ، ومع تسليم الدليل في المعاوضات ، فحمل النكاح عليها قياس لا يناسب اصول المذهب سيما مع اعترافهم بأنه ليس من المعاوضات الحقيقية كما تقدم ذكره ، وإنما له شبه بها في بعض الموارد ، و مجرد المشابهة لا يقتضي أن يكون من كل وجه ، وللا دلة الدالة على وجوب قيامها بحقوق الزوجية الواجبة عليها ، ووجوب إطاعته متى أرادها ، خرج من ذلك ما قام الدليل على خروجه ، وبقي الباقي وهذا منه ، حيث إنه لم يبق هنا دليل شرعي على العذر لها في الامتناع .

الثالث : الصورة الاولى و أن يكون المهر مؤجلاً ، معسراً كان الزوج أو مؤسراً ، وقد قطع الأصحاب بأنه ليس لها الامتناع ، إذ لا يجب لها عليه شيء فيبقى وجوب حقه عليها بلا معارض ، فيجب الوفاء بالعقد الواقع عن رضاها به ، والحكم هنا لا إشكال فيه ، وإنما الكلام فيما لو مضت المدة ولم يدخل بها للمانع من جهته كمرض أو غيبته أو نحوهما ، أو مانع من جهتها شرعي كالحيض والمرض المانع من جميع أنواع الاستمتاع ، أو غير شرعي كما لو منعت نفسها عصياناً وأقدمت على فعل الحرام حتى انقضت المدة ، قالوا : في جواز امتناعها إلى أن تقبضه تنزيلاً له منزلة الحال ابتداءً ، و عدمه نظراً إلى استصحاب وجوب التمكن الثابت قبل الحلول وجهان : إستجود السيد في شرح النافع الثاني ، وجعله الأقوى في شرح المسالك ، ونقله عن الشيخ في المبسوط قال : وتبعه عليه الأكثر .

أقول : والقول بجواز الامتناع منقول عن الشيخ في النهاية ، حيث أطلق جواز امتناعها حتى قبض المهر الشامل لمحل النزاع ، أما بخصوص المسألة فلانعلم به قائلًا ، ولأذكره أحد ممن تعرض لنقل الأقوال على ما صرح به في المسالك ، وإنما ذكره من ذكره وجهاً في المسألة واحتمالاً .

ثم أقول : وعلى ما اخترناه وحققناه فلا وجه للوجه الأول ، إذ الواجب عليها بذل الطاعة وعدم جواز الامتناع سواء كان المهر حالاً أو مؤجلاً كما عرفت .

الرابع : الصورة الأولى ، إلا أنه قد دخل بها ، والمشهور أنه ليس لها الامتناع بعد ذلك ، وبه صرح الشيخ في الخلاف والمرئى وأبو الصلاح ، واختاره المحقق وجملة من المتأخرين ، قال في المسالك : وهو الأقوى عملاً بمقتضى القواعد السابقة ، فإن المهر قد استقر بالوطء ، وقد حصل تسليمها نفسها برضاها ، ومتى سلم أحد المتعاضدين الذي قبله باختياره لم يكن له بعد ذلك حبسه ، وقيل بجواز الامتناع لها وهو خيرة الشيخ في النهاية والمبسوط والشيخ المفيد والقاضي ابن البراج ، وفرق ابن حمزة بين تسليم نفسها اختياراً ، فحكم بسقوط حقها من الامتناع ، وإكراهها ، فجوز لها الامتناع لأنه بسبب الإكراه قبض فاسداً فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح ، ولأصالة بقاء الحق الثابت إلى أن يثبت المزيل .

أقول : وهذا التفصيل مبني على ما ذكره في المسالك من أنه هل يشترط في القبض وقوعه طوعاً ، أم يكتفي به مطلقاً ؟ وجهان ، من حصول الغرض وانتفاء الضمان به كيف اتفق ، ومن تحريم القبض بدون الإذن ، فلا يترتب عليه أثر الصحيح ، قال : والحق أن بعض أحكام القبض متحققة كاستقرار المهر بالوطء كغيرها ، وبعضها غير متحقق قطعاً كالنفقة ، ويبقى التردد في موضع النزاع حيث يدخل بها كرهاً هل لها الامتناع بعده من الإقباض حتى قبض المهر أم لا ؟ انتهى . وأنت خير بأنه على ما حققه فإن الحكم بقي في قالب الاشتباه ، ثم لا يخفى

أنّ البحث هنا جار على ما مهتدوه من الحكم بكون النكاح من قبيل المعاوضات التي يشترط فيها التقابض من الطرفين ، وأما على ما اخترناه فإنه لا ثمرة لهذا الخلاف لوجوب الطاعة عليها ، وبذل نفسها له متى طلبها ، سلم إليها المهر أو لم يسلمه ، دخل بها أو لم يدخل ، ثمّ إنّه على تقدير تسليم ما ذكره من البناء على تلك القاعدة ، فإنه يمكن أن يقال في بطلان القول الثاني : إنّ مقتضى العمومات الدالة على وجوب التمكين متى طلبها وأرادها هو عدم جواز الامتناع ، خرج منه ما قبل الدخول بالاجماع المدعى إن تمّ ، فيبقى الباقي مندرجاً تحت العمومات المذكورة .

وأما ما ذكره ابن حمزة - في صورة الاكراه من أنّه قبض فاسد ، فلا يترتب عليه أثر القبض الصحيح ، ولأصالة بقاء الحقّ الثابت إلى أن يثبت المزيل - يمكن دفعه بأنّ العقد لما اقتضى استحقاق الزوج للبضع وملكه له ، ودلت الأخبار على وجوب إطاعة الزوجة لزوجها متى طلبها وأرادها مطلقاً ، مع ما عرفت من عدم الدليل على التوقّف على المهر ، فإنّ ما ذكره من فساد القبض ممنوع ، فإنه قبض حقّه ، والاذن فيها غير شرط بعد ثبوت استحقاقه ، و وجوب الطاعة عليها ، والحقّ الذي أوجب لها هو الامتناع حتّى قبض المهر ممنوع ، لعدم الدليل عليه ، هذا هو مقتضى التحقيق بالنظر إلى الأدلة الشرعيّة والقوانين المرعيّة ، وما عداه فهو كما عرفت إنّما تبني على دعاوي عارية من الدليل ، لا تشفي العليل ولا تبرد الغليل وإن اشتهرت بينهم جيلاً بعد جيل .

البحث الثاني : في التفويض ، وهو لغة الردّ إلى الغير ، ومنه قوله « وافوض أمري إلى الله » والاهمال ، ومنه قوله شعراً :

لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم ولا سراة إذا جهّالهم سادوا
قال في كتاب المصباح ^(١) : و فوض إليه أمره تفويضاً : أسلم أمره إليه ،

(١) المصباح المنير ص ٦٦٢ .

وفوضت المرأة نكاحها إلى الزوج حتى تزوجها من غير مهر ، وقيل : فوضت أي أهملت حكم المهر ، وهي مفوضة إسم فاعل ، قيل : مفوضة إسم مفعول لأن الشرع فوض أمر المهر إليها في إثباته وإسقاطه^(١) ، وقوم فوضي إذا كانوا متساوين لارئيس لهم ، والمال فوضي بينهم أي مختلط من أراد منهم شيئاً أخذه ، وكانت خبير فوضي أي مشتركة بين الصحابة غير مقسومة ، انتهى .

و التفويض شرعاً ردّ أمر المهر أو البضع إلى أحد الزوجين أو ثالث ، أو إهمال المهر في العقد وعدم ذكره بالمرّة ، والأول منهما يسمى تفويض المهر ، والثاني تفويض البضع ، فالكلام هنا يقع في مطلبين :

الاول : في تفويض البضع ، وهو أن لا يذكر في العقد مهر ، مثل أن تقول هي زوجتك نفسي ، أو يقول وليها أو وكيلها زوجتك فلانة ، فيقول الزوج قبلت ، وتحقيق القول فيه يقع في موضعين :

الأول : لاختلاف بين الأصحاب في جواز إخلاء العقد من المهر ، وادعى عليه جماعة الإجماع ، وعليه تدلّ الآية والأخبار الكثيرة .

أما الآية فهي قوله عز وجل «لا جناح عليكم إن طلقتم النساء ما لم تمسوهن» أو تفرضوا لهنّ فريضة^(٢) والتقريب فيها على ما ذكره بعض الأصحاب أن الظاهر أن المراد من الجناح المنفي هو المهر ، لأنه تعالى نفى الجناح إلى إحدى الغابتين ،

(١) أقول : لم أقف في الأخبار على هذه التسمية إلا في بعض أخبار تفويض المهر وهو ما رواه الشيخ في التهذيب عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله - عليه السلام - عن الرجل يفرض إليه صداق إمرأته فينقص عن صداق نساها ، الخبر ، وسيأتي إن شاء الله تعالى في المطلب الثاني ، وأما أخبار تفويض البضع فلم أقف في شيء منها على هذه التسمية ولكن كلام أهل اللغة كما عرفت ظاهر فيه ، والأمر في ذلك سهل لا مضايقة فيه .

(منه - قدس سره) .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٦ و ٢٣٧ .

وهي الميسيس أو الفرض ، والثابت عند أحد هذين الأمرين هو المهر ، فإنه يجب بالجماع أو فرضه بعد إخلاء العقد منه .

أقول: ويشير إلى ذلك تنمة الآية من قوله سبحانه «ومتعوهن» على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، متاعاً بالمعروف حقاً على المحسنين ، وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة ، فنصف ما فرضتم ، الآية ، فإنه تعالى حكم بالتمتع لتلك التي نفى الجناح عن طلاقها قبل الميسيس والفرض ، ولا تمتع لمن طلقها قبل الدخول إلا التي لم يسم لها مهراً ، ثم عقبها بالمطلقه قبل الميسيس مع فرض المهر ، وبين حكمها وهو ظاهر أيضاً في أن الأولى لم يفرض لها مهر في العقد . وأما الأخبار فمنها ما رواه في الكافي ^(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله قال : قال أبو عبد الله عليه السلام في رجل تزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ثم دخل بها قال : لها صداق نسائها .

وعن عبد الرحمن المذكور ^(٢) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل تزوج المرأة ولم يفرض لها صداقاً فمات عنها أو طلقها قبل أن يدخل بها ، مالها عليه؟ قال : ليس لها صداق وهي ترثه ويرثها .

وما رواه الشيخ ^(٣) في الموثق عن منصور بن حازم قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام في رجل يتزوج امرأة ولم يفرض لها صداقاً ، قال : لا شيء لها من الصداق ، فإن كان دخل بها فلها مهر نسائها .

وعن الحلبي ^(٤) في الصحيح قال : سألت عن رجل تزوج امرأة فدخل بها

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١٠ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٢٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٧ ص ١٣٣ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٨ ب ٥٩ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٢ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ب ١٢ ح ٢ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ب ١٢ ح ١ .

ولم يفرض لها مهرًا ثم طلقها ، فقال : لها مهر مثل مهر نساها ويمتعتها .
وعن أبي بصير^(١) قال : سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أن يسمي لها
صداقاً حتى دخل بها ، قال : السنة ، والسنة خمسمائة درهم .

وعن أسامة بن حفص^(٢) وكان قيساً لأبي الحسن موسى عليه السلام قال : قلت له :
رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهرًا ، وكان في الكلام أتزوجك على كتاب الله وسنة
نبيه صلى الله عليه وآله فمات عنها ، أو أراد أن يدخل بها ، فما لها من المهر ؟ قال : مهر السنة ،
قال : قلت : يقول أهلها : مهر نساها ، قال : فقال : هو مهر السنة ، الحديث .
والوجه في صحة العقد - مع خلوه عن ذكر المهر - ما تقدم من أن المهر
ليس من أركان عقد النكاح كالموضين في البيع ونحوه من عقود المعاوضات وإنما
الأركان فيه الزوجان خاصة ، وإن كان المهر لازماً في الجملة ، ويتحقق التفويض
بعدم ذكر المهر في العقد سواء أطلق ، أم شرط أن لا مهر عليه في الحال ، أو أطلق ،
بأن قال لا مهر عليه ، فإن مرجع الجميع إلى أمر واحد ، لأن عدم ذكره في
معنى نفيه في الحال ، وهو لا ينافي مقتضى التفويض وجوبه في المثال . نعم لو صرح
بنفيه في الحال والمثال على وجه يشمل ما بعد الدخول أو قال : قبل الدخول وبعده ،
فالظاهر كما صرح به الأصحاب بطلان العقد ، لأن المعلوم من الأخبار أن وجوب
المهر من مقتضيات عقد النكاح إما بالعقد أو بالوطء أو بالفرض ، فإذا شرط خلاف
ذلك فقد شرط خلاف مقتضى العقد فيبطل .

ويدل على ذلك ما رواه الشيخ^(٣) عن زرارة في الصحيح قال : سألته كم
أحل لرسول الله صلى الله عليه وآله من النساء ؟ قال : ما شاء من شيء ، قلت : فأخبرني عن قول

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ٢ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٣ ح ٣٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ب ١٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٤ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٤١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨ ب

الله عز وجل « وامرأة مؤمنة إن وهبت نفسها للنبي » ^(١) قال : لا تحل الهبة إلا لرسول الله ﷺ وأما غيره فلا يصلح له نكاح إلا بمهر .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مجرد العقد في التفويض لا يوجب المهر ولا المتعة ، بل إنتما يجب المتعة بالطلاق قبل الدخول ، ومهر المثل بالدخول ، ويجب أيضاً ما يفرضانه ويتفقان عليه بالفرض قبل الدخول ، ولا فرق في وجوب مهر المثل بالدخول بين أن يطلقها أو لا يطلقها ، لأنه قد استقر بالدخول .

وأما ما يفرض قبل الدخول فإنه لو طلقها والحال كذلك فلها نصف المفروض كما دلت عليه الآية « فنصف ما فرضتم » ^(٢) .

ويدل على وجوب المتعة الآية المتقدمة ، للأمر فيها وهو للوجوب ، وحسنة الحلبي ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً ، وإن لم يكن فرض فليمتنعها على نحو مما مثلها من النساء » .

ولومات أحد الزوجين قبل الدخول والطلاق ، فإن كان الموت قبل المرض فلا شيء لها لا تنفأ سبب الوجوب فإنه منحصر في الفرض والدخول .

وعليه تدل صحيحة الحلبي ^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام « أنه قال في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها : فإن لم يكن فرض لها مهرأ فلامهر لها ، وعليها العدة ولها الميراث » وهو يدل بمفهوم الشرط على ثبوت المهر المفروض إن كان فرضه .

(١) سورة الأحزاب - آية ٥٠ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٧ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ب ٥٨ ح ٢٢ .

وصحيحة زرارة^(١) قال : سألته عن المرأة تموت قبل أن يدخل بها ، أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض لها ، وإن لم يكن فرض لها فلالمهر لها .

إلى غير ذلك من الأخبار الكثيرة الجارية على هذا المنوال ، وقد اشتركت في الدلالة على عدم المهر مع موتها أو أحدهما إذا لم يفرض المهر لاني العقد ولا بعده ، واختلفت في استحقاق الجميع أو النصف لو فرض المهر ، وحصل الموت قبل الدخول ، وسيجيء تحقيق ذلك في موضعه إن شاء الله تعالى ، ثم إنه لا يخفى إن المفوضة وإن لم تستحق المهر بنفس العقد ولكنه حيث كان المهر لازماً للنكاح كما عرفت وأنها ملكت بالعقد أن تملك المهر كما ذكره ، فإن لها المطالبة بفرضه وتعيينه قبل الدخول لتعرف ما تستحق بالوطء أو الموت وما تشتر بالطلاق قبل الدخول أو الفسخ على القول بالتنصيف به ، ثم إن اتفقا على قدر معين صح ولزم ولم يكن لها غيره ، ولا فرق بين كونه بقدر مهر المثل أو أقل منه أو أكثر ، وليس لأحد منهما بعد الاتفاق الرجوع فيه مطلقاً ، وإن اختلفا بأن فرض الزوج لها أقل مما ترضى به فأشكال ، ولم أقف في المقام على نص ، إلا أنهم ذكروا أنه إن كان مفروضة بقدر مهر السنة فصاعداً ففي لزومه من طرفها وجهان ينشآن من أنه لو فرض إليها التقدير لما كان لها الزيادة عليه ، وكذا الحاكم كما سيأتي ، ومن أن البضع يقتضي مهر المثل ، والخروج عنه في بعض الموارد على خلاف الأصل فيقتصر عليه ، وكون ذلك للحاكم ممنوع ، وإن كان أقل منه لم يقع بغير رضاها اتفاقاً ، فحينئذ إن توافعا إلى الحاكم فرض لها مهر المثل من غير زيادة ولا نقصان مالم يتجاوز السنة فيرد إليها إن اعتبرنا ذلك في مهر المثل ، وإلا لم يتقيد بذلك قال في المسالك : وهو الأقوى . والمسألة لما عرفت محل توقف وإشكال .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٨ ح ١٠٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣

ب ٥٨ ح ٧ .

الموضع الثاني: قد صرح الأصحاب بأنَّ المعتبر في مهر المثل بحال المرأة، وفي المتعة بحال الزوج، فالكلام هنا أيضاً في موضعين:

(أحدهما) في مهر المثل، والمراد به ما يبذل عادة في مقابل نكاح أمثالها، والمراد بأمثالها من كان متصفاً بمثل صفاتها وما هي عليه من الجمال والبكارة والشرف والثروة والعقل والأدب وحسن التدبير في المنزل ونحو ذلك، وأضداد هذه الأشياء لأنَّ ذلك مما يختلف به المهر إختلافاً ظاهراً.

وفي الأخبار فسروا عنه مهر المثل هنا بمهور نسائها، كما تقدم في رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله الأولى^(١)، وموثقة منصور بن حازم^(٢) وصحيحة الحلبي^(٣)، وحينئذٍ فيجب تقييد ما ذكره الأصحاب - من مثلها، وأنَّ المراد به من شأنها في أوصافها - بمن كان من نسائها وأقاربها من الأب أو الأم للاطلاق^(٤)، وهل يعتبر في أقاربها أن يكونوا من أهل بلدها؟ قولان، قال السيّد السند في شرح

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١٠، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٢٩، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٠، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ٢.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ١.

(٤) أي إطلاق نسائها شامل لمن كان من جهة الأب أو الأم حسباً هو المشهور، وقال ابن البراج: المعتبر من مهر المثل بنساء المرأة، وهن من كان منهن من عصباتها كالأخت من جهة الأب والأم وبناتها والعمة وبناتها وما أشبه ذلك، وأما الأم وما هو من جهتها فلا يعتبر به في ذلك، وقد كان الشيخ أبو جعفر محمد بن الحسن الطوسي وغيره يعتبرون من ذلك، والأقوى عندي ما ذكرته، لأن المرأة أم الولد من عرض المسلمين تكون تحت الشريف النسب، مثل الرجل يكون من ولد الحسن والحسين - عليهما السلام - فيتزوج بالمرأة من العامة ليس لها نسب ولا حسب، فالمعتبر في نسائها من كان من عصبتها لما ذكرناه. إنتهى، لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه. (منه - قدس سره -).

النافع أظهرهما ذلك، لأنّ المهر يختلف باختلاف البلدان إختلافاً عظيماً، وفيه تأمل. وقيل جملة من الأصحاب - بل الظاهر أنّه المشهور - الحكم بلزوم مهر المثل بما إذا لم يتجاوز مهر السنة وهي خمسمائة درهم، وإلاّ ردّها إليها، وادعى عليه فخر المحققين الإجماع، مع أنّ والده في المختلف نقل الاختلاف في ذلك، وحكى القولين، ولم يرجح شيئاً في البين قال بعد نقل جملة من الأقوال في المسألة: بقي هنا بحثان: (الأول) هل يعتبر البلد؟ قال بعض علمائنا به، ويحتمل العدم (الثاني) أكثر الأصحاب على أنّه لا يزيد على مهر السنة وهو خمسمائة درهم، لما رواه أبو بصير ^(١) عن الصادق عليه السلام قال: سألته عن رجل تزوج امرأة فوهم أنّ أن يسمي صداقها - الخبر، وقد تقدم قريباً - ثم قال: وهو غير دالّ صريحاً على المطلوب، وقال بعض علمائنا: لا يتقدّر بقدر، لما دلت الأخبار المطلقة عليه. إنتهى

وربّما أشعر ظاهره باختيار القول الأخير، حيث إنّه طعن في رواية أبي بصير التي استند إليه الأكثر بأنّها غير دالّة صريحاً على المطلوب ولم يطعن في دليل الآخر، وتوجيه ما أشار إليه في ردّ رواية أبي بصير وعدم دلالتها على القول المذكور، وما ذكره شيخنا في المسالك قال - بعد نقل الرواية - : وفيها مع ضعف السند قصور الدلالة، لأنّ الكلام في المفوضة، ومورد الرواية ما إذا وهم أنّ يسمي صداقها، وهو يقتضي كونه أراد التسمية فنسيها، وهذا ليس من التفويض في شيء، وإن كان العقد قد وقع بصورة التفويض، فجاز اختلاف الحكم لذلك، ومن ثمّ ذهب بعض علمائنا إلى أنّ مهر المثل لا يتقدّر بقدر لإطلاق الأخبار في ذلك، ثمّ نقل رواية عبد الرحمن بن أبي عبد الله، وموثقة منصور بن حازم وصحيفة الحلبي، إنتهى. وبذلك يظهر لك أنّ الأظهر هو القول الآخر، وأنّ القول المشهور بمحلّ من القصور.

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣٢، الوسائل ج ١٥ ص ٢٥ ح ٢.

ثم إنّه لا يخفى أن مهر المثل قد حكموا به في مواضع عديدة غير هذا الموضوع، منها نكاح الشبهة، والوطء في النكاح الفاسد والاكره، والتسمية الفاسدة، وإذا نكح عدة نساء بمهر واحد كما تقدم كل منها في موضعه .
ولم يذكر في شيء من هذه المواضع هذا التقييد إلا في مسألة التفويض، ووجه الشبهة في ذكره هنا دون تلك المواضع من حيث ذهاب معظم الأصحاب إلى التقييد وقصور دليله .

و(ثانيهما) في المتعة، ومستحقها هي المفوضة إذا طلقها قبل الدخول وقبل أن يفرض لها فريضة، والاعتبار فيها بحال الزوج في يساره وإعساره كما دلت عليه الآية و«متعوهن» على الموسع قدره وعلى المقتر قدره^(١) وعلى ذلك تدل الأخبار .
ومنها ما رواه في الفقيه^(٢) عن محمد بن الفضيل عن الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمى لها مهراً فمتاع بالمعروف على الموسع قدره وعلى المقتر قدره، الحديث .
وما رواه في الكافي^(٣) عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها - إلى أن قال - وإن لم يكن فرض لها شيئاً فليمتعها على مثل ما تمتع به مثلها من النساء .

وما رواه في الكافي^(٤) عن حفص بن البختري في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يطلق امرأته، أيمتّعها؟ قال: نعم أما يحب أن يكون من المحسنين،

(١) سورة البقرة - آية ٢٣٦ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٨ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١١ ، التهذيب ج - ص ١٤٢ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٤ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٠ ح ٨٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٥ .

أما يجب أن يكون من المتقين .

وما رواه في التهذيب^(١) عن أحمد بن محمد بن أبي نصر عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام أن متعة المطلقة فريضة .

وما رواه في الفقيه^(٢) قال : وفي رواية البرزطي « أن متعة المطلقة فريضة .

وما رواه في الفقيه^(٣) عن ابن رثاب عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : متعة

النساء واجبة ، دخل بها أولم يدخل ، وتمتع قبل أن تطلق .

وما رواه في الكافي^(٤) عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل

« وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين »^(٥) قال : متاعها بعد ما تنقضي عدتها

على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، وكيف يمتنعها وهي في عدتها رجوه ويرجوها ،

و يحدث الله بينهما ما يشاء ، و قال : إذا كان الرجل موسعاً عليه يمتنع امرأته

بالعبد والأمة ، والمقتر يمتنع بالحنطة والزبيب والثوب والدرهم ، وإن الحسن

ابن علي عليه السلام متع امرأة له بأمة ، ولم يطلق امرأة إلا متعها .

وما رواه في الكافي والتهذيب^(٦) عن أبي بصير قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام :

أخبرني عن قول الله عز وجل « وللمطلقات متاع بالمعروف حقاً على المتقين »

ما أدنى ذلك المتاع إذا كان معسراً لا يجد ؟ قال : خمار وشبهه .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٦ ح ٩ .

(٣) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ح ٢ و ٣ .

(٥) سورة البقرة - آية ٢٤١ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٥ ، التهذيب ج - ص ١٤٠ ح ٨٥ مع إختلاف يسير الوسائل ج ١٥ ص ٥٧ ح ٢ .

قال في الفقيه^(١) : وروي أن الغني يمتنع بدار أو خادم ، والوسط يمتنع بثوب ، والفقير يمتنع بدرهم أو خاتم ، وروي أن أدناه خمار وشبهه .
 ومارواه في التهذيب^(٢) عن أبي حمزة عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يريد أن يطلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : يمتنعها قبل أن يطلقها فإن الله تعالى قال : « ومتعوهن » على الموسع قدره وعلى المقتر قدره^(٣) .
 وعن محمد بن مسلم^(٤) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق امرأته ، قال : يمتنعها قبل أن يطلق ، فإن الله تعالى يقول : « ومتعوهن » على الموسع قدره وعلى المقتر قدره .
 وما رواه في كتاب قرب الأسناد^(٥) عن ابن الوليد عن ابن بكير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل « ومتعوهن » على الموسع قدره وعلى المقتر قدره ، ما قدر الموسع والمقتر ؟ قال : كان علي بن الحسين عليهما السلام يمتنع بالراحلة ،
 وروى هذا الخبر العياشي في تفسيره^(٦) وزاد « يعني حملها الذي عليها » وظاهره أن المتعة إنما هو الحمل لأصل الراحلة ، فهو على حذف مضاف مثل واسأل القرية .
 وفي كتاب الفقه الرضوي^(٧) « كل من طلق امرأته من قبل أن يدخل بها

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٤ و ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٧ و ٥٨ ح ٤٣ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٣٦ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ١ .

(٥) قرب الإسناد ص ٨١ .

(٦) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٨ ح ٥ .

(٧) فقه الرضا ص ٢٤٢ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٠ ب ٣٣ ح ٥ و ص ٦١١ ب ٣٤

فلاعدة عليها منه ، فإن كان سمى لها صداقاً فلها نصف الصداق، فإن لم يكن سمى لها صداقاً فلاصداق لها ولكن "يمتّعها بشيء قل" أم كثر على قدر يساره ، فالموسع يمتّع بخادم أو دابّة، والوسط بثوب، والفقير بدرهم أو خاتم ، كما قال الله تبارك وتعالى "ومتّعوهن" على الموسع قدره، وعلى المقتر قدره متاعاً بالمعروف .

وتمام الكلام في المقام يتوقف على بيان امور :

الأول : المفهوم من ظاهر الآية وأكثر الأخبار هو انقسام حال الزوج إلى قسمين، اليسار والاعسار، والمشهور في كلام الأصحاب زيادة قسم ثالث وهو المتوسط، وعليه يدل "كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ، ومرسلة الصدوق المتقدمة ، والظاهر أنها من الكتاب فإنها عين عبارته ، ولا ريب أنها منه حسب ما تقدم بيانه في غير مقام ، سيّما في كتب العبادات ، والظاهر كما استظهره في المسالك أن "مرجع الثلاثة الأقسام المذكورة إلى القسمين المذكورين ، لأن" القسم الثالث الذي هو الوسط بعض أفراد ما يلحق بالأعلى ، وبعضها ما يلحق بالأسفل ، فهو لا يخرج منهما ، ومن ثم "أنه عليه السلام في كتاب الفقه بعد أن ذكر الأقسام الثلاثة استدلل عليه بالآية التي ظاهرها إنّما هو التقسيم إلى قسمين، وما ذاك إلّا من حيث ما ذكرنا .

الثاني: قال المحقق في النافع : فالغني يمتّع بالثوب المرتفع وعشرة دنانير وأزيد ، واعترضه السيّد السند في شرحه بأنّه لم يقف على مستنده ، قال : وزاد في الشرايع الدابّة أيضاً ، وهو كالذي قبله ، ثم قال : والأجود اتباع ما ورد به النقل ، وهو أن "الغني يمتّع بالعبد أو الأمة أو الدار ، والفقير بالحنطة والزبيب والخاتم والثوب والدرهم فما فوقه .

أقول : الظاهر أن "ما ذكره في هذه الأخبار التي قدمناها من ذكر هذه الأشياء المعدودة إنّما خرج مخرج التمثيل لا الحصر ، وكلام الأصحاب في عدّ هذه الأشياء الغير منصوصة إنّما هو بناء على ما ذكرناه ، ويشير إلى ذلك قول

الرضا ^(١) في كتاب الفقه الرضوي المذکور و يمتنعها بشيء قل أم كثر على قدر يساره ، ويؤيد ذلك أيضاً إطلاق الآية ، وأما ما ذكره - من أن المحقق في الشرايع ذكر الدابة وهي غير موجودة في النصوص - فالجواب عن ذلك ما عرفت مع أنها مذكورة في كتاب الفقه الرضوي فلعله وإن لم يقف على الكتاب المذکور إلا أنه تبع من عدد الدابة لورودها في هذا الكتاب كالشيخ علي بن بابويه والشيخ المفيد ونحوهم ، والمحقق تبعهم في عدها .

الثالث: الظاهر أنه لا خلاف في وجوب المتعة هنا للآية والروايات المتقدمة ونحوها المشتملة على الأمر بها الذي هو حقيقة في الوجوب وفي بعضها أنها فريضة، وظاهر جملة من الأخبار المتقدمة أنها قبل الطلاق كرواية أبي حمزة ^(٢) وصحيفة محمد بن مسلم ^(٣) ورواية زرارة ^(٤) المنقولة في الفقيه ، إلا أن رواية الحلبي ^(٥) المنقولة في الكافي صريحة في أن المتعة إنما هي بعد أن تنقضي عدتها معللاً ذلك بأنها في العدة ترجوه وبرجوها، والجمع بين هذه الأخبار لا يخلو من إشكال ، ولا يحضرني الآن وجه يعتمد عليه في ذلك ، هذا على تقدير ما دلّت عليه الأخبار من ثبوت المتعة للمدخل بها ، وأما على ما ذكره الأصحاب من تخصيصها بغير المدخول بها فالظاهر أنها قبل الطلاق ، كما هو ظاهر هذه الأخبار ، ولم أقف على من ذكر هذا الحكم من الأصحاب ، بل ظاهرهم وجوب دفع ذلك وإن كان بعد الطلاق ، ولعل مستندهم الاطلاق في أكثر الأخبار ، إلا أن مقتضى القاعدة بعد ورود هذه

(١) فقه الرضا ص ٢٤٢ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٠ ب ٣٣ ح ٥ .

(٢) و(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤١ ح ٨٨ و ص ١٤٢ ح ٩١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٤ ح ٤
١ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ١ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣ ، التهذيب ج - ص ١٣٩ ح ٨٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩
ب ٥٠ ح ٣٢ .

الأخبار بالتقييد هو حمل المطلق على المقيّد .

الرابع : قد عرفت ممّا قدمنا في صدر هذه المسألة أن "مستحق" المتعة هي المطلقة على الوجه المتقدم ، فلو حصلت البيئونة بينهما بغيره من فسخ أو موت أو لعان أو غير ذلك من قبله أو من قبلها أو منهما فلامهر ولا متعة للأصل ، وهذا هو المشهور ، وقوى الشيخ في المبسوط ثبوتها بما يقع من قبله من طلاق أو فسخ أو من قبلهما ، دون ما كان من قبلها خاصة ، وقوى في المختلف وجوبها في الجميع . قال في المبسوط : الفراق أربعة أضرب : إمّا أن يكون من جهته بطلاق أو لعان أو ردة أو إسلام ، فإن كان بالطلاق فلها المتعة لعموم الآية ، وإن كان باللعان أو بالارتداد أو الاسلام قال قوم : تجب المتعة ، لأنّ الفراق من قبله ، وهو الذي يقوى في نفسي ، ولو قلنا لا يلزمه متعة - لأنّه لا دليل عليه - لكان قوياً .

وإمّا من جهتها بارتداد أو إسلام أو بعثت تحت عبد فتختار نفسها ، أو تجد به عيباً فتفسخ ، أو يجد به عيباً فإنه وإن كان الفاسخ هو ، فهي المدكسة ، فالكل من جهتها ، ولا متعة في ذلك كله ، فأما امرأة العنين فلو شاءت أقامت معه ، وقال قوم : لها متعة ، وقال آخرون : لا متعة لها وهو الصحيح .

وأما إن جاءت الفرقة من جهتهما معاً كالخلع وهو كالطلاق يجب المتعة . وأما من جهة أجنبي بأن ترضعها أمّه فهو كالخلع المقلب فيه حكم الزوج ، لأنّه يعود إليه بها قبل الدخول نصف المهر ، فكأنّه طلقها هو ، فعليه المتعة .

قال في المختلف - بعد نقل ذلك عنه - وهذا الكلام يدلّ على ترده في إيجاب المتعة باللعان وشبهه ، والوجه عندي الوجوب ، وكذا في زوجة العنين لما تقدم في الأول ، ولو جوب نصف المهر في الثاني ، إنتهى .

والشيخ في الخلاف قد وافق القول المشهور ، فقال : كل "فرقة تحصل بين الزوجين سواء كان من قبله أو من قبلها أو من قبل أجنبي أو من قبلهما فلا يجب بها المتعة إلاّ الطلاق فحسب ، وبه قال ابن إدريس وجل" من تأخّر عنه وهو

الأظهر، لدلالة الآية و الأخبار المتقدمة ، على أن ذلك في الطلاق مع تأييدها بالأصل ، وحمل غيره عليه بمجرد المشابهة قياس لا يوافق أصول المذهب .

الخامس : الظاهر من كلام الأصحاب هو اختصاص المتعة بغير المدخول بها كما قدمناه في عنوان المسألة ، و عليه تدل أكثر أخبار المسألة المتقدمة ، إلا أن جملة من الأخبار قد دلت على ثبوتها للمدخول بها أيضاً كرواية زرارة ^(١) وقوله فيها « متعة النساء واجبة دخل بها أو لم يدخل » ، ورواية الحلبي ^(٢) لقوله فيها « متاعها بعد ما تنقضي عدتها ، إلى أن قال : وكيف يمتعها و هي في عدة ترجوه ويرجوها » فإنه ظاهر في المدخول بها إذ لا عدة على غير المدخول بها إجماعاً نصاً وفتوى ، وصحيفة الحلبي ^(٣) و قال : سألت عن رجل تزوج امرأة فدخل بها و لم يفرض لها مهر أ ثم طلقها ، فقال : لها مهر مثل مهر نساءها و يمتعها ، و هي صريحة في مجامعة المتعة للمهر .

و الشيخ قد حمل هذه الأخبار على الاستحباب ، وقبعه الجماعة ، و لا يخفى بعده سيما مع قوله في رواية زرارة « واجبة دخل بها أو لم يدخل » والمسألة لا تخلو من توقف و إشكال و الاحتياط فيها مطلوب على كل حال .

السادس : لا إشكال في صحة التفويض من البالغة الرشيدة غير المولوة عليها ، لأن الحق في ذلك لها ، وأمر نكاحها بيدها ، تختار ما تريد من الوجوه الصحيحة ، و منها التفويض و إنما الكلام في المولوة عليها بجميع أنواعها ، فهل للولي أن يزوجه مفوضة أم لا ؟ قولان : (أحدهما) صحة التفويض كغيرها ، فعلى هذا ليس لها بعد الطلاق و قبل الفرض أو الدخول إلا المتعة .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩ ب ٥٠ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٥ ح ٣ ، التهذيب ج - ص ١٣٩ ح ٨٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٩

ب ٥٠ ح ٣٠٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٢ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٤ ح ١ .

و(الثاني) صحة العقد، وأن الثابت لها مهر المثل بمجرد العقد ولا تفويض، وعلى هذا فبالطلاق ينتصف المهر .

وأنت خير بأن إطلاع الأخبار المتقدمة الواردة في التفويض شامل للتفويض من الزوجة والولي ، مثل قولهم في تلك الأخبار « رجل تزوج امرأة و لم يفرض لها صداقاً » ونحو ذلك من العبارات ، وحينئذ فإذا صح التفويض من الولي كما هو أحد القوانين المذكورين ترتب عليه أحكام التفويض، والقائل بوجوب مهر المثل هنا إنما علقه بأن تصرف الولي منوط بمهر المثل وضمن المثل ، لأن النكاح يلحق بالمعاوضات فيجب مراعاة عوض البضع ، فإذا فرض دون مهر المثل وقع فاسداً ، فوجب مهر المثل كما لو فسد المهر بغيره .

وفيه أنك قد عرفت ما في قياس النكاح على المعاوضات ، وأنه متى كانت الأخبار شاملة لهذا الفرد ، فالتفصيل الذي اشتملت عليه - بأنه إن دخل بها فلها مهر المثل أو فرض لها فرضاً فهو ما فرضه ، وإلا فالمتعة إن وقع الطلاق بدون أحد الأمرين - جار فيه . والله العالم بأحكامه و نوابه القائمون بمعالجه حلالة وحرامه

المطلب الثاني : في تفويض المهر ، وهو كما تقدمت الإشارة إليه أن يذكر في العقد مجملاً ، ويفوض تعيينه إلى أحد الزوجين ولا خلاف بين أصحابنا في جوازه ، وأخبارهم دالة عليه ، وإنما خالف فيه العامة ، فحكموا بأن المهر الواقع على هذه الكيفية فاسد ، فيكون الكلام فيه على قياس المهر الفاسد من الرجوع إلى مهر المثل .

وتحقيق الكلام في هذا المطلب يتوقف على نقل الأخبار الواردة في المقام، ثم الكلام فيما دلت عليه من الأحكام .

فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب ^(١) في الحسن عن الحسن بن زرارة عن

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥ ح ٤٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣١ ح ١ .

أبيه قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على حكمها ، قال : لا يتجاوز بحكمها مهر نساء آل محمد عليهم السلام إثنين عشرة أوقية ونش ، وهو وزن خمسمائة درهم من الفضة ، قلت: أرايت إن تزوجها على حكمه ورضيت بذلك ؟ فقال : ما حكم به من شيء فهي جائز عليهما قليلاً كان أو كثيراً ، قال : فقلت له : كيف لم تجز حكمها عليه وأجزت حكمه عليها ؟ قال : فقال : لأنه حكمها فلم يكن لها أن تجوز ما سن رسول الله صلى الله عليه وآله وتزوج عليه نساءه فردتها إلى السنة ، ولأنها هي حكمته وجعلت الأمر إليه في المهر ورضيت بحكمه في ذلك فعليها أن تقبل حكمه قليلاً كان أو كثيراً .

قال بعض مشايخنا المحققين من متأخري المتأخرين بعد ذكر هذا الخبر: الحكم إجماعي والتفصيل والفرق غير واضح ، ولعله يرجع إلى أنه لما حكمها فلو لم يقدر لها حد فيمكن أن تجحف وتحكم بما لا يطيق ، فلما حد لها ، ولما كان خير الحدود ما حده رسول الله صلى الله عليه وآله جعل ذلك حده ، إنتهى .

ومنها ما رواه المشايخ الثلاثة^(١) عن محمد بن مسلم في الصحيحة عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على حكمها أو على حكمه فمات أو ماتت قبل أن يدخل بها ، قال: لها المتعة والميراث ، ولا مهر لها ، قلت : فإن طلقها وقد تزوجها على حكمها ؟ قال : إذا طلقها وقد تزوجها على حكمها لم يتجاوز بحكمها عليه أكثر من وزن خمسمائة درهم فضة مهوور نساء رسول الله صلى الله عليه وآله قوله « أكثر من وزن خمسمائة درهم » هكذا في الكافي والفقيه ، وفي التهذيبين « لم يتجاوز بحكمها على خمسمائة درهم » وهو الصواب .

وما رواه في من لا يحضره الفقيه^(٢) عن صفوان بن يحيى في الصحيح عن أبي جعفر

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٧٩ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٥ ح ٤٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٦٢ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ب ٢١ ح ٣ .

- يعني الأحوال - « قال: قلت لأبي عبد الله عليه السلام: رجل تزوج امرأةً بحكمها ثم مات قبل أن تحكم، قال: ليس لها صداق وهي نرث ». .
ورواه في الفقيه ^(١) أيضاً عن البرزطي عن عبد الكريم بن عمرو عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام .

ومارواه في التهذيب ^(٢) عن أبي بصير « قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يفوض إليه صداق امرأته، فينقص عن صداق نساها، قال: يلحق بمهر نساها، وحمله الشيخ في كتابي الأخبار على ما إذا فوض إليه على أن يجعله مثل مهر نساها. قال في الوافي: وبُعده لا يخفى، والصواب حملة على ما هو الأدلى وإن لم يلزمه أكثر مما أوفى. إنتهى وهو جيد .

إذا عرفت ذلك فالكلام هنا يقع في مواضع:

الاول: الظاهر من الأخبار المذكورة هو اختصاص تفويض تقدير المهر بأحد الزوجين، وهو المتفق عليه، وقيل بجواز التفويض إليهما معاً، واختاره في المسالك. وقيل بجوازه إلى أجنبي وردّه في المسالك، قال - رحمه الله - في الكتاب المذكور: و يفوض تقديره إلى أحد الزوجين، وعليه اقتصر المصنف أو إليهما معاً ولا إشكال في جوازه أيضاً، وألحق بعضهم جعله للأجنبي غيرهما، لأنه وإن لم يكن منصوباً بخصوصه، إلا أنه في معنى التوكيل وقد تراضيا عليه، ولعموم قوله عليه السلام ^(٣) « المؤمنون عند شروطهم » وجه المنع أن المهر حق يتعلق بالزوجين فلا يتعدى إلى غيرهما بغير إذن شرعي وهذا أجود، إنتهى .

وفيه أن ما أورده على هذا القول وارد عليه فيما ذهب إليه من جعل الاختيار إليهما معاً مع أن الوارد في النصوص إنما هو التفويض إلى أحدهما،

(١) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٩ ح ٣، الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٩ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٥، الوسائل ج ١٥ ص ٣٢ ح ٤ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

فالخروج عنه إلى كل من الفردين الآخرين يكون بغير إذن شرعي ، وهو قد منع من التعدي إلا بإذن شرعي ، بل يمكن أن يدعى أن المنع هنا أظهر منه في الأجنبية ، لأن التفويض إليهما معاً مظنة النزاع والاختلاف ، ثم إنه قال في المسالك بناءً على ما اختاره من التفويض إليهما معاً وتفويضه إلى الزوجين معاً يتوقف على اتفاقهما معاً عليه كاتفاقهما على فرضه في القسم الأول ، فإن اختلافاً قال الشيخ في المبسوط: وقف حتى يصطلحا. وتبعه العلامة ، ولم يذكر الرجوع هنا إلى الحاكم ، ولوقيل به كان حسناً ، لوجود المقتضي فيهما مع اشتراكهما في عدم النص على الخصوص ، إنتهى.

أقول : هذا ما أشرنا إليه آنفاً من مفسدات هذا القول ، فإنه لولم يتفقا بالكلية يلزم الحرج والعسر المنفيين بالآية والرواية ، وكلما أدى إليهما يكون باطلاً ، وما اختاره من الرجوع إلى الحاكم مجرد تخرس لادليل عليه ، نعم لو كان أصل الحكم مما ثبت بالدليل فلا بأس بما ذكره إلا أن الأصل غير ثابت كما اعترف به . وبالجمله فالأظهر هو الوقوف على مورد النصوص .

الثاني : المفهوم من الأخبار المذكورة أن المهر متى فوض تقديره إلى الزوج كان له الحكم بما شاء من قليل أو كثير ، فلا تقدير له في طرف الكثرة ، ومتى فوض إلى الزوجة لم يتقدر في طرف القلة ، ويتقدر في طرف الكثرة بمهر السنة ، فلا يمضي حكمها فيما زاد عليه ، والظاهر أنه لا خلاف فيه بين الأصحاب أيضاً ، إذ لم ينقل في المسألة خلاف فيما أعلم ، ويظهر من السيد السند في شرح النافع المناقشة في الدليل حيث إنه استدل على الحكم المذكور برواية الحسن بن زرارة ، ثم طعن فيها من حيث السند باشماله على الحسن بن زرارة وهو مجهول ، وأن ما تضمنه من تعليل الفرق غير واضح ، فإنه فرق بنفس الدعوى .

وفيه أن الحسن بن زرارة وإن لم يذكر في كتب الرجال كما ذكره إلا أن مدح الصادق عليه السلام له ولأخيه الحسين في الحديث الصحيح الذي ورد في حق

أبيه كما رواه الكشي مما يوجب عد حديثه في الحسن ، حيث قال عليه السلام : ولقد أدى إليّ ابنك الحسن والحسين رسالتك أحاطهما الله وكلاهما ورعاهما وحفظهما بصلاح أيهما ... إلى آخره ، ولذا قال شيخنا المجلسي في رسالته الوجيزة في الرجال : إنه مهمل على المشهور ، ممدوح على الظاهر .

وأما الطعن في المتن بما ذكره من عدم وضوح الفرق ، فغير مضر بالمقصود من الاستدلال بالخبر .

الثالث : قد ذكر الأصحاب أنه لو طلقها قبل الدخول وقبل الحكم ألزم من إليه الحكم أن يحكم ، وكان لها النصف مما حكم به ، ولو كانت الحاكمة هي المرأة وحكمت بما يزيد على مهر السنة ، فالواجب هو نصف مهر السنة لما تقدم من بطلان ما زاد عليه ، ولو كان الحكم بعد الدخول فالواجب هو جميع ما يحكم به الحاكم لأنه مقتضى العقد ، وقد استقر بالدخول ولا موجب لتنصيفه .
و يشير إلى هذه الصورة قوله عليه السلام في صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة فإن طلقها ، وقد تزوجها على حكمها لم تتجاوز بحكمها على خمسمائة درهم ، الحديث . والرواية وإن كان موردها كون الحاكم هو المرأة إلا أنه لا قائل بالفرق ، والأصل بقاء الحكم حتى يحكم الحاكم أيهما كان ، والحكم بالتنصيف بالطلاق وإن لم يتضمنه هنا روايات المسألة إلا أنه مستفاد من أدلة أخرى .

الرابع : اختلف الأصحاب فيما لومات الحاكم قبل الحكم وقبل الدخول ، فالمشهور بينهم ومنهم الشيخ في النهاية وابن البراج وابن حزة والصدوق في المقنعة والعلامة في المختلف وولده في الشرح والشهيد في شرح الارشاد أن لها المتعة . وعلى هذا القول تدل صحيحة محمد بن مسلم المتقدمة ، وربما قيل : إن الرواية غير صريحة الدلالة على المطلوب لأن قوله « فمات أو ماتت » محتمل لكون الميت هو الحاكم ، أو كونه المحكوم عليه ، ومع قيام الاحتمال يبطل الاستدلال . ورد بأنه لا ريب أن الظاهر منها كون الميت هو الحاكم ، لأنه الأقرب

والمحدث عنه، ولأنه ^{إلا} في آخر الحديث ذكر أن الحكم لا يسقط بالطلاق مع بقاء الحاكم، وإذا لم يسقط بالطلاق لم يسقط بالموت بطريق أولى .

قال في المسالك في الجواب عن الاحتمال المذكور : لأننا نقول : لفظها وإن احتمل ذلك بمجرد إلا أن فيها ما ينفي كون الميِّت المحكوم عليه، لأنّه ذكر فيها أن المحكوم عليه لومات قبل الحكم لا يبطل الحكم، ويحكم الحاكم بعد ذلك، ويثبت ما يحكم به، وإذا كان الطلاق لا يسقط الحق مع بقاء الحاكم فلأن لا يسقط مع موت أحدهما مع بقائه أولى، ووجه الأوليّة بقاء حكم الزوجيّة بالموت دون الطلاق، ولا يضرّ اختلاف الحق حيث إنّه هنا المتعة، وهناك المهر المحكوم به، لا اشتراكهما في أصل الاستحقاق، وإن فرق النصّ بينهما في المقدار، وأيضاً فموت المحكوم عليه خارج بالاجماع، على أنه لا أثر له في وجوب المتعة، فيبقى الآخر . إنتهى المقصود من كلامه، وفيه زيادة في إيضاح الحكم على ما نقلناه .

وذهب العلامة في القواعد إلى ثبوت مهر المثل، وعلمّه بأنّه هو قيمة البضع حيث لم يتعيّن غيره، وبأن المهر مذكور، غايته أنّه مجهول، فإذا تعددت معرفته وجب الرجوع إلى مهر المثل .

وردّ الأول بأنّ الزوج لم يتحقق منه الدخول ليثبت عليه عوض البضع، والثاني بأنّه نفس المدعى، فكيف يجعل دليلاً عليه مع أنّهما معارضان بالنصّ الصحيح المتقدم .

قال السيّد السند في شرح النافع : وحكى الشيخ في المبسوط في هذه المسألة قولاً بلزوم مهر المثل وقوّاه، واختاره العلامة في القواعد واستدلّ له ثمّ ذكر الدليل المتقدم .

أقول : إن كتاب المبسوط لا يحضرني الآن، ولكنّ الذي نقله العلامة عن المبسوط لا يساعد ما ذكره، بل هو على خلافه، حيث نقل عنه إنّه قال : لومات

أحدهما فقولان : أحدهما أن لها مهر مثلها ، والثاني لامهر لها ، وهو الصحيح عندنا ، وفيه خلاف ، هذه صورة ما نقله في المختلف عنه ، ومع ذلك فإن الشهيد الثاني في المسالك بعد أن نقل عن المختلف ما ذكرناه ، وكذا عن الشهيد في شرح الارشاد ، إعتراضهما بأن في هذا النقل نظراً لأن الشيخ إتما ذكر هذه العبارة والخلاف المذكور في مفوضة البضع ، وأما مفوضة المهر فلم يذكر حكم موت الحاكم فيها أصلاً .

وذهب ابن إدريس إلى عدم ثبوت شيء مع موت الحاكم قبل الحكم قال : لومات الحاكم قبل الدخول وقبل الحكم لم يثبت للزوجة مهر ولا متعة كمفوضة البضع ، لأن مهر المثل إتما يجب بالدخول ، والمتعة إتما يجب بالطلاق ، والأصل براءة الذمة : وإلحاق الموت بالطلاق قياس ، وإلى هذا القول ذهب الشيخ في الخلاف وابن الجنيد أيضاً ، والخبر الصحيح حجة على من عدا ابن إدريس ، فإنه بمقتضى أصوله غير الأصلية لا يلزمه القول به ، والله العالم .

البحث الثالث : في اللواحق وفيه مسائل :

الاولى : المشهور بين الأصحاب أن المهر كلاً أو بعضاً لا يسقط بالدخول لولم تقبضه بل يكون ديناً عليه ، طالت المدة أم قصرت ، طالبت أم لم تطالب ، ويدل عليه ظاهر قوله عز وجل « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ^(١) .

و من الأخبار الدالة على ذلك ما رواه في الكافي ^(٢) في الصحيح أو الحسن عن أحمد بن محمد بن أبي نصر قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يتزوج المرأة على الصداق المعلوم ، فيدخل بها قبل أن يعطيها؟ فقال : يقدم إليها ما قل أو أكثر إلا أن يكون له وفاء من عرض إن حدث به حدث ادي عنه فلا بأس .

(١) سورة النساء - آية ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٨ ، الوسائل ج ١٥ ص

وعن عبد الحميد بن عواض^(١) في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فلا يكون عنده ما يعطيها فيدخل بها ؟ قال : لا بأس إنَّما هو دين عليه لها » .

و عن غياث بن إبراهيم^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يتزوج بعاجل وآجل ؟ قال : الآجل إلى موت أو قرقة » .

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٣) عن عبد الحميد الطائي « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : أتزوج المرأة وأدخل بها ولا أعطيها شيئاً ؟ قال : نعم يكون ديناً عليك » .
ورواه الكليني^(٤) في الحسن عن ابن أبي عمير عن بعض أصحابه عن عبد الحميد .
و عن عبد الحميد بن عواض^(٥) في الموثق « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : المرأة أتزوجها أيسلح أن ادفعها ولم أنقدها من مهرها شيئاً ؟ قال : نعم إنَّما هو دين عليك » .

ورواه الكليني^(٦) أيضاً مثله .

و عن عمرو بن خالد عن زيد بن علي^(٧) عن آبائه عن علي عليه السلام « أن امرأة أتته ورجل قد تزوجها ودخل بها وسمي لها مهرأ وسمي لمهرها أجلاً ، فقال له علي عليه السلام : لا أجل لك في مهرها إذا دخلت بها فأدِّ إليها حقها »^(٨) .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٤ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٧ ح ١٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ٩ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ٩ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١٠ .

(٦) الكافي ج ٥ ص ٤١٣ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١٠ .

(٧) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ٢٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٦ ح ١١ .

(٨) أقول : هذا الخبر على ظاهره لا أعلم به قائلًا . (منه - قلنس سره -) .

و عن عبد الخالق^(١) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ، قال : هو دين عليه .
ومما يؤيد ذلك تأييداً ظاهراً جملة من الروايات الدالة على أن من لم ينو إعطاء المهر فهو زان ، ولا فرق بين عدم نيته سابقاً أو لاحقاً .
ومنها ما رواه في الكافي^(٢) عن الفضيل بن يسار في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام : « في الرجل يتزوج المرأة ، ولا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو زان » .
وعن حماد بن عثمان^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : من تزوج امرأة ولا يجعل في نفسه أن يعطيها مهرها فهو زنا .
وعن السكوني^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قال رسول الله ﷺ : « إن الله ليغفر كل ذنب يوم القيامة إلا مهر امرأة ، ومن غصب أجيراً أجرته ، ومن باع حراً » .
ومارواه الصدوق في الفقيه^(٥) مرسلأ قال : قال الصادق عليه السلام من تزوج امرأة ولم ينو أن يوفى مهرها فهو عند الله زان .
وقال^(٦) : وقال أمير المؤمنين عليه السلام : « إن أحق الشروط أن يوفى به ما استحللتم به الفروج » .

و روى في حديث المناهي عن شعيب بن واقد عن الحسين بن زيد^(٧) عن الصادق عليه السلام عن آبائه عن النبي ﷺ قال : من ظلم امرأة مهرها فهو عند الله

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٨ ح ٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٢ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢١ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٤ .

(٥) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٦ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٢٥٢ ح ١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح ٧ .

(٧) الفقيه ج ٤ ص ٧ ضمن حديث مناهي النبي - صلى الله عليه وآله - ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢ ح

زان ، يقول الله عز وجل يوم القيامة : عبدي زوّجتك أمتي على عهدي فلم توف بعهدي وظلمت أمتي ، فيؤخذ من حسناته فيدفع إليها بقدر حقها ، فإذا لم يبق له حسنة أمر به إلى النار ، بنكته العهد «إن العهد كان مسؤولاً» .

وروى الراوندي في كتاب النوادر ^(١) عن موسى بن جعفر عن آبائه عليهم السلام : «قال: قال علي عليه السلام - في قوله تعالى «وآتوا النساء صدقاتهن» بحلة - : أعطوهن» المصداق الذي استحللتم به فروجهن ، فمن ظلم المرأة صداقها الذي استحل به فرجها فقد استباح فرجها زناً» .

ومارواه الصدوق في كتابي العلل والعيون ^(٢) عن الرضا عليه السلام في علل محمد بن سنان أنه كتب إليه أن «علّة المهر وجوبه على الرجال ، ولا يجب على النساء أن يعطين أزواجهن؟ قال : لأنّ على الرجال مؤونة المرأة وهي بايعة نفسها ، والرجل مشتر ، ولا يكون البيع بلائمن ، ولا الشراء بغير إعطاء الثمن» .

والتقريب في هذه الأخبار الأخيرة أن المرأة متى جاءت تطلب مهرها الذي وقع عليه العقد كلاً أو بعضاً ومنعها إتياء من أجل رضاها بالدخول أو جبرها عليه ، فقد دخل تحت مصداق هذه الأخبار ، إذ النواقل الشرعية محصورة ، وليس مجرد الدخول بالمرأة منها ، والأصل بقاء الحق الثابت أولاً حتى يظهر ما يوجب البراءة منه .

ونقل الشيخ في التهذيب عن بعض أصحابنا أنه إذا دخل بها هدم المصداق ، وعليه تدلّ جملة من الأخبار أيضاً .

ومنها مارواه في الكافي والتهذيب ^(٣) في الصحيح عن الفضيل عن أبي جعفر عليه السلام

(١) نوادر الراوندي ص ٣٧ .

(٢) علل الشرايع ص ٥٠٠ ب ٢٦٢ ، عيون أخبار الرضا ج ٢ ص ٢٤٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٣ ح ٩ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١ ، التهذيب ج . ص ٣٥٩ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣ .

« في رجل تزوج امرأة ودخل بها ثم أولدها ثم مات عنها فادعت شيئاً من صداقها على ورثة زوجها ، فجاءت تطلبه منهم وتطلب الميراث ، فقال : أما الميراث فلها أن تطلبه ، وأما الصداق فالذي أخذت من الزوج قبل أن يدخل بها ، فهو الذي حل للزوج به فرجها قليلاً كان أو كثيراً إذا هي قبضته منه وقبلت ودخلت عليه به ، ولا شيء لها بعد ذلك » .

وما رواه في الكافي ^(١) عن عبد الرحمن بن الحجاج في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الزوج والمرأة يهلكان جميعاً فيأتي ورثة المرأة فيدعون على ورثة الرجل الصداق ، فقال : وقد هلكا وقسم الميراث ؟ فقلت : نعم ، فقال ليس لهم شيء ، فقلت : وإن كانت المرأة حية فجاءت بعد موت زوجها تدعي صداقها ؟ فقال : لا شيء لها وقد أقامت معه مقرة حتى هلك زوجها ، فقلت : فإن ماتت وهو حي فجاءت ورثتها يطالبونه بصداقها ؟ فقال : وقد أقامت معه حتى ماتت لا تطلبه ؟ فقلت : نعم ، فقال : لا شيء لهم ، قلت : فإن طلقها فجاءت تطلب صداقها ؟ قال : وقد أقامت لا تطلبه حتى طلقها لا شيء لها ، قلت : فمتى حد ذلك الذي إذا طلبته كان لها ؟ قال : إذا أهديت إليه ودخلت بيته ثم طلبت بعد ذلك فلا شيء لها ، إنته كثير لها أن تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير » .

وعن محمد بن مسلم ^(٢) عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة ويدخل بها ثم تدعي عليه مهرها ، فقال : إذا دخل بها فقد هدم العاجل » .

وعن عبيد بن زرارة ^(٣) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يدخل

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٤ .

بالمرأة ثم تدعي عليه مهرها ، فقال : إذا دخل بها فقد هدم العاجل .
و ما رواه في التهذيب ^(١) عن الحسن بن علي بن كيسان قال : كتبت إلى
الصادق عليه السلام أسأله عن رجل يطلق امرأته وطلبت منه المهر ، وروى أصحابنا أنه
إذا دخل بها لم يكن لها مهر ، فكتب : لا مهر لها .

وعن المفضل بن عمر ^(٢) قال : دخلت على أبي عبد الله عليه السلام فقلت له : أخبرني
مهر المرأة الذي لا يجوز للمؤمنين أن يجوزوه ، قال : فقال . السنة المحمدية
خمسمائة درهم فمن زاد على ذلك رد إلى السنة ولا شيء عليه أكثر من الخمسمائة
درهم ، فإن أعطاه من الخمسمائة درهم درهماً أو أكثر من ذلك ثم دخل بها
فلا شيء عليه ، قال : قلت : فإن طلقها بعدما دخل بها ؟ قال : لا شيء لها ، إنما كان
شرطها خمسمائة درهم ، فلما أن دخل بها قبل أن تستوفي صداقها هدم الصداق ،
فلا شيء لها ، إنما لها ما أخذت من قبل أن يدخل بها ، فإذا طلقت بعد ذلك في
حياة منه أو بعد موته فلا شيء لها .

و أنت خير بأن هذه الأخبار على كثرتها وصحة جملة منها لم أقف على
قائل بما دلّت عليه غير ذلك البعض الذي نقل عنه الشيخ ، وإلا فالشيخ ومن تأخّر
عنه كلّهم قد صرحوا بخلاف ما دلّت عليه ، وارتكبوا التأويل فيها ، وهو لما عرفت
من وضوح أدلة القول المشهور وموافقته لاصول المذهب ، ومخالفة هذه .

والشيخ حمل هذه الأخبار تارة على أنه ليس لها شيء بمجرد الدعوى من
دون بيّنة كما يدلّ عليه خبر الحسن بن زياد ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا
دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر ، وقال الزوج : قد أعطيتك ، فعليها البيّنة

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٦ ح ٨٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٨ ح ١٥ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦١ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥

وعليه اليمين .

قال : ولو كان الأمر على ما ذهب إليه بعض أصحابنا من أنه إذا دخل بها هدم الصداق لم يكن لقوله **إِلَّا** عليها البيئته وعليه اليمين ، معنى ، لأن الدخول قد أسقط الحق ، فلا وجه لاقامة البيئته ولا اليمين .
وتارة على ما إذا لم يسم لها مهراً ، وقد ساق إليها شيئاً كما نبه عليه خبر الفضيل^(١) .

وقد اعترضه شيخنا الشهيد الثاني في المسالك بالنسبة إلى الوجه الأول بعد أن نقل عنه الجمع بين الأخبار به فقال : وفي هذا الحمل نظر ، لأن الخصم يستند إلى تلك الأخبار ، وهي صريحة في إسقاط الدخول ، ولا يضره هذا الخبر لأنها أصح منه سنداً مع أن في الخبر مع تسليم سنده إشكالاً من حيث إن المهر إذا تعين في ذمة الزوج ، فهو المدعي للإيفاء ، وهي المنكرة ، فيكون البيئته عليه لاعليها ، نعم لو كان النزاع في التسمية وعدمها مع عدم الدخول أمكن توجيهه ذلك ، وسيأتي تحقيقه إن شاء الله تعالى ، انتهى .

وأما التأويل الثاني فاعترضه فيه المحدث الكاشاني بأنه ليس في خبر الفضيل ما يدل على عدم التسمية ، بل فيه ما يشير إلى التسمية ، انتهى .

أقول : لا يخفى أن الخبر غير صريح ولا ظاهر في شيء من الأمرين ، ومع تسليم ظهوره فيما ذكره فهو لا ينافي ارتكاب التأويل فيه بما ذكره الشيخ - رحمه الله عليه - إذ التأويل إنما هو على خلاف الظاهر .

ثم إن المحدث المذكور قال : ويخطر بالبال أن يحمل مطلق هذه الأخبار على مقيدها - أعني يحمل سقوط مطلق الصداق على سقوط العاجل منه - فإنهم كانوا يومئذ يجعلون بعض الصداق عاجلاً وبعضه آجلاً ، كما مر التنبيه عليه في

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧

بعض ألفاظ خطب النكاح ، وكان معنى العاجل ما كان دخوله بها مشروطاً على إعطائه إياها ، فإذا دخل بها قبل الاعطاء فكأن المرأة أسقطت عنه حقها العاجل ورضيت بتركه ، ولا سيما إذا كانت قد أخذت بعضه أو شيئاً آخر كما دل عليه حديث الفضيل ^(١) ، وأما الآجل فلما جعلته حين العقد ديناً عليه فلا يسقط إلا بالأداء ، وعليه تحمل أخبار أول الباب . إنتهى ، وأشار بأخبار أول الباب إلى أخبار القول المشهور .

أقول : ما ذكره من الحمل وإن كان وجيهاً في حد ذاته ، و عليه يدل خبر غياث بن إبراهيم ^(٢) المتقدم ، إلا أن فيه أن خبر الفضيل ظاهر بل صريح في خلافه ، فإنه ظاهر كالصريح في أن المهر وهو خمسمائة درهم إنما هي عاجلة لتأجيل فيها ، وأنها متى قبضت منها ولو درهماً واحداً أو دخلت عليه سقط الباقي بمجرد دخوله بها ، وكذلك صحيحة عبد الرحمن بن الحجاج ^(٣) فإنه ^(٤) قد قرر فيها ضابطة كلية ، وهي أنه متى عقد على مهر ثم دخلت عليه فليس لها المطالبة ، وإنما لها المطالبة قبل الدخول ، والذي يقرب في الفكر العليل أن يقال : إن هذه الأخبار قد خرجت على نوعين :

(أحدهما) إن الدخول يهدم العاجل مثل رواية محمد بن مسلم ^(٥) و رواية عبيد بن زرارة ^(٥) وهذه الأخبار ظاهرة في أن المهر آجل وعاجل ، والمعنى فيها

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٧ ح ١٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨١ ح ١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢ ، التهذيب ج . ص ٣٥٩ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٦٠ ح ٢٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٦ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٤ ح ٤ .

ما ذكره في الوافي وبه تشهد رواية غياث المتقدمة ، والأقرب عندي حملها على التقيّة كما ذكره جملة من الأصحاب من تصريح جملة من العامة بذلك ، وأنّ العاجل عندهم يهدم بالدخول ، وإلاّ فمجرد رضاها بالدخول بعد استقرار المهر في ذمته وإن اشترط تقديمه على الدخول لا يوجب سقوطه بالدخول .

و (النوع الثاني) سقوط المهر مطلقاً بالدخول وإن لم يكن ثمة حال ولا مؤجل ، وهذه محلّ الاشكال والداء العنّال ، فإنّ بعضها وإن أمكن حمله على عدم التسمية كما احتمله الشيخ إلاّ أنّ خبر الفضيل صريح في التسمية ، وعليه يحمل إطلاق باقي الأخبار إلاّ أنّ قوله في صحيحة عبدالرحمن بن الحجاج^(١) «إنّه كثير لها أن تستحلف بالله مالها قبله من صداقها قليل ولا كثير ، صريح في عدم الهدم ، وإلاّ لم يكن لتحليفه على ذلك وجه ، ثمّ إنّّه بالنظر إلى إطلاق تلك الأخبار وعدم التسمية فيها وقطع النظر عن رواية الفضيل ، وظاهر الأصحاب أنّ الحكم فيها كما حملت عليه هذه الأخبار من أنّه متى لم يسم مهراً وأعطاه شيئاً و دخل بها مع رضاها بذلك فإنّها لا تستحقّ سواء ، وليس لها مطالبة بشيء .

وقال شيخنا الشهيد الثاني : هذا القول هو المشهور بين الأصحاب خصوصاً المتقدمين منهم ، ولاشتهاره وافقهم ابن إدريس عليه^(٢) مستنداً إلى الإجماع والموافق

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٨ .

(٢) قال ابن إدريس في كتابه : ومن سمي المهر حال العقد ودخل بها كان في ذمته ، وإن لم يكن سمي مهراً وأعطاه شيئاً قبل دخوله بها ثم دخل بها بعد ذلك لم تستحقّ عليه شيئاً سوى ما أخذته منه قبل الدخول كان ذلك قليلاً أو كثيراً على ما رواه أصحابنا وأجمعوا عليه ، فإن دليل هذه المسألة هو الإجماع المتقدم بغير خلاف ، وفيه الحجة لا وجه لذلك إلا الإجماع ، وإن لم يعطها شيئاً قبل الدخول بها ، ولم يسم مهراً حال العقد ثم دخل بها لزمه مهر المثل ، إنتهى . (منه - قدس سره -) .

للاصول أنها إن رضيت به مهرأ لم يكن لها غيره، وإلا فلها مع الدخول مهر المثل
ويحسب ما وصل إليها منه إذا لم يكن على وجه التبرع، إنتهى .
أقول : ينبغي أن تحمل الأخبار المذكورة على الرضاء به عن المهر ليحسم
مادة الاشكال .

وإنما يبقى الكلام في رواية المفضل، ولعلها لقصورها سنداً وعدداً لا يعارض
بها الأخبار المذكورة سيما مع ما شملت عليه ممّا ظاهر الأصحاب على خلافه
من عدم جواز الزيادة على مهر السنة كما تقدم الكلام فيه ، فيجب إرجاعها إلى
قائلها ، ولا يبعد حملها على التقية أيضاً ، واحتمل العلامة في المختلف هنا وجهاً
آخر، وهو أن العادة كانت في الزمان السابق أن لا يدخل بالمرأة حتى يقدم المهر،
والأخبار المذكورة إنما خرجت بهذا التقريب ، قال : بقي هنا شيء ، وهو أن
تقول : قد كان في الزمان الأول لا يدخل الرجل حتى يقدم المهر، والعادة الآن بخلاف
ذلك، فلعلّ منشأ الحكم العادة فنقول : إن كانت العادة في بعض الأزمان أو الأصقاع
كالعادة القديمة كان الحكم ما تقدم، وإن كانت العادة كالعادة الآن كان القول قولها، إنتهى .
ومنه يظهر حمل الأخبار المذكورة على ما جرت به العادة يومئذ من التقديم
قبل الدخول، فيكون القول قول الزوج عملاً بمقتضى العادة ، وظاهر شيخنا الشهيد
الثاني - رحمه الله عليه - في المسالك التوقف في المسألة حيث اقتصر على نقل الخلاف
في المسألة ونقل بعض الروايات المتعلقة بها ولم يرجح شيئاً في البين ، و سبطه
السيّد السند قد اختار القول المشهور وأشار إلى بعض ما في أدلة خلافه من القصور،
والمعتمد هو القول المشهور ، والله العالم .

تنبيه

قد عرفت ممّا تقدم أن المشهور بين الأصحاب أنه لو لم يسم لها مهرأ
وقدم لها شيئاً قبل الدخول كان ذلك مهرها ، وأن ابن إدريس قد ادعى عليه
الاجماع ، ولم نقف له على دليل من الأخبار ، والشيخ قد حمل رواية الفضيل المتقدمة

على ذلك ، فقال : يدلّ على صحّة التأويل قوله إلا في رواية الفضيل الذي أخذته قبل أن يدخل بها فهو الذي حلّ له به فرجها ، وليس بعد ذلك شيء . وأورد عليه أنّ سكوتها ورضاها بالدخول لا يدلّ على رضاها به مهرأ ، بل هو أعمّ منه ، والعام لا يدلّ على الخاص ، على أنّه قد تقدم في مفوضة البضع أنّ المستفاد من أخبارها أنّها تستحقّ بالدخول مهر المثل ، وهذه من جملة أفرادها .

وأما ما نقل عن الشيخ المفيد من تعليل ذلك بأنّها لو لم ترض به مهرأ لما مكنته من نفسها حتّى تستوفي تمامه أو توافقه على ذلك وتجعله ديناً عليه في ذمته . فردّه في المسالك بأنّ منعه ظاهر ، إذ لا يلزم من عدم رضاها عدم تمكينها لجواز اعتمادها في ذلك على ما يلزم شرعاً بالدخول وهو مهر المثل .

أقول : ومن ثمّ إنّ المحقق في الشرايع قال هنا : قيل : إذا لم يسمّ لها مهرأ وقدم لها شيئاً ثمّ دخل كان ذلك مهرها ، ولم يكن لها مطالبته بعد الدخول إلاّ أن تشارطه قبل الدخول ، على أنّ المهر غيره ، وهو تعويل على تأويل رواية واستناد إلى قول المشهور . انتهى ، وهو جيّد ، وقد قدمنا أنّ الأظهر حمل رواية الفضيل على الرضاء بما قدمه مهر لئلاّ يلزم مخالفتها للقواعد الشرعيّة ، والله العالم .

المسألة الثانية : لا خلاف بين الأصحاب في أنّ الوطء الموجب للغسل موجب لاستقرار ملك جميع المهر المسمّى في العقد ، وإنّما الخلاف في أنّه هل يقوم غيره من مقدمات الوطء - كالخلوة ونحوها ممّا يأتي ذكره - مقامه أم لا ؟ الأشهر الأظهر الثاني ، وذهب جمع من المتقدمين إلى أنّ الخلوة توجب المهر ظاهراً حيث لا يثبت شرعاً عدم الدخول ، وأما باطناً فلا يستقرّ المهر جميعه إلاّ بالدخول ، وأطلق الصدوق وجوبه بمجرد الخلوة ، وأضاف ابن الجنيّد إلى الجماع إنزال الماء بغير إيلاج ولمس العورة والنظر إليها والقبلة متلذذاً بذلك ، وإن لم يكن قد دخل ، ولا بأس بنقل جملة من عباراتهم فنقول :

قال الشيخ في النهاية : ومتى خلا الرجل بامرأته وأرخى الستر ثمّ طلقها

وَجِبَ عَلَيْهِ الْمَهْرُ عَلَى ظَاهِرِ الْحَالِ ، وَكَانَ عَلَى الْحَاكِمِ أَنْ يَحْكُمَ بِذَلِكَ وَإِنْ لَمْ يَكُنْ بِهَا ، إِلَّا أَنَّهُ لَا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَنْ تَأْخُذَ أَكْثَرَ مِنْ نِصْفِ الْمَهْرِ .

وَقَالَ فِي الْخِلَافِ : إِذَا طَلَّقَهَا بَعْدَ أَنْ خَلَا بِهَا وَقَبْلَ أَنْ يَمْسُهَا اخْتَلَفَ النَّاسُ فِيهِ عَلَى ثَلَاثَةِ مَذَاهِبَ ، فَذَهَبَتْ طَائِفَةٌ إِلَى أَنَّ وجودَ هذه الخلوة وعدمها سواء ، وَتَرْجِعُ عَلَيْهِ نِصْفَ الصَّدَاقِ وَلاَعْدَةَ عَلَيْهَا ، وَهُوَ الظَّاهِرُ مِنْ رَوَايَاتِ أَصْحَابِنَا ، وَذَهَبَتْ طَائِفَةٌ إِلَى أَنَّ الخلوة يَسْتَقِرُّ بِهَا الْمُسَمَّى وَتَجِبُ لَهَا الْعِدَّةُ ، وَبِهِ قَالَ قَوْمٌ مِنْ أَصْحَابِنَا ، وَنَحْوُهُ قَالَ فِي الْمَبْسُوطِ .

وَقَالَ ابْنُ الْجَنِيدِ : الَّذِي بَوَّجِبَهُ الْعَقْدُ مِنَ الْمَهْرِ الْمُسَمَّى النِّصْفِ ، وَالَّذِي يَوْجِبُ النِّصْفَ الثَّانِي مِنَ الْمَهْرِ بَعْدَ الَّذِي وَجِبَ مِنَ الْعَقْدِ مِنْهُ الْوَقَاعُ أَوْ مَا قَامَ مَقَامَهُ مِنْ تَسْلِيمِ الْمَرْأَةِ نَفْسَهَا لِذَلِكَ ، فَإِنْ وَقَعَتِ الْخُلُوةُ بَحِثْ لَامَانِعَ ظَهَرَ مِنْ عِلَّةٍ وَلاَ غَيْرِهَا فَالْحَكْمُ بِالْأَغْلَبِ يَقَعُ بِوُجُوبِ الْمَهْرِ مِنَ الْحَاكِمِ ، وَلَا يَحِلُّ لِلْمَرْأَةِ أَخْذُهُ إِذَا عَلِمَتْ أَنَّهُ لَمْ يَقَعْ جَمَاعٌ وَلَا مَا يَقُومُ مَقَامَ ذَلِكَ مِنْ إِنْزَالِ الْمَاءِ مِنْ غَيْرِ إِيلاجٍ أَوْ لَمَسِ عَوْرَةٍ أَوْ نَظَرٍ إِلَيْهَا أَوْ قَبْلَةٍ ، فَإِنْ تَلَذَّذَ بِشَيْءٍ مِنْ ذَلِكَ خَصِيصاً كَانَ أَوْ عَثِيناً أَوْ فَحْلاً لَزِمَهُ الْمَهْرُ .

وَقَالَ ابْنُ أَبِي الْعَقِيلِ : وَقَدْ اخْتَلَفَتْ الْأَخْبَارُ عَنْهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ فِي الرَّجُلِ يَطْلُقُ الْمَرْأَةَ قَبْلَ أَنْ يَجَامِعَهَا وَقَدْ دَخَلَ بِهَا وَمَسَّ كُلَّ شَيْءٍ مِنْهَا إِلَّا أَنَّهُ لَمْ يَصْبِهَا ، فَرُدِّي عَنْهُمْ فِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ أَنَّهُمْ قَالُوا : إِذَا أَغْلَقَ الْبَابَ وَارْخَيْتِ السُّتُورَ وَجِبَ لَهَا الْمَهْرُ كَامِلاً وَوَجِبَتِ الْعِدَّةُ . وَفِي بَعْضِ الْأَخْبَارِ أَنَّ لَهَا نِصْفَ الْمَهْرِ وَلاَعْدَةَ عَلَيْهَا ، وَهَذَا أَدْلُ الْخَبَرَيْنِ بِدَلَالَةِ الْكِتَابِ وَأَشْبَهَ بِقَوْلِهِمْ ، لِأَنَّ اللَّهَ عَزَّ وَجَلَّ يَقُولُ : فَإِنْ طَلَّقْتُمُوهُنَّ مِنْ قَبْلِ أَنْ نَمْسُوهُنَّ وَقَدْ فَرَضْتُمْ لَهُنَّ فَرِيضَةً فَنِصْفُ مَا فَرَضْتُمْ ، ^(١) فَأَخْبِرَ أَنَّهُ إِذَا طَلَّقَهَا قَبْلَ أَنْ يَجَامِعَهَا أَنَّ لَهَا نِصْفَ الْمَهْرِ .

وَقَدْ جَاءَ عَنْهُمْ رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُمْ مَا يَخْصُ هَذَا فِي قَضَائِهِمْ فِي الْعَنَنِ أَنَّ الرَّجُلَ إِذَا تَزَوَّجَ

المرأة فدخل بها فادعت المرأة أنه لم يصبها وخلابها أجله الامام سنة ، فإذا مضت السنة و لم يصبها فرق بينهما واعطيت نصف الصداق ولاعدة عليها منه ، وفي هذا إبطال لرواية من روى عنهم عليهم السلام أنه إذا أغلق الباب وأرخى الستور وجب المهر كاملاً ، وهذا العتق قد أغلق الباب وأرخى الستور وأقام معها سنة لايجب عليه إلا نصف الصداق ، والمسألان واحدة لافرق بينهما .

وابن البراج وقطب الدين الكيدري وافقا الشيخ في النهاية .

وقال الصدوق في المقنعة : وإذا تزوج الرجل المرأة وأرخى الستور وأغلق الباب ثم أنكر جميعاً المجامعة فلا يصدّقان ، لأنها ترفع عن نفسها العدة ، ويرفع عن نفسه المهر .

وقال ابن حمزة : وإذا دخل بها وأرخى الستر عليها وادعى الرجل أنه لم يواقعها و أمكنه إقامة البيّنة و أقامها قبلت منه ، وإن لم يمكنه كان له أن يستحلفها ، فإن استحلفها وإلا لزمه المهر .

أقول : و الواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ثم الكلام في المقام بما رزق الله عز وجل فهمه منها ببركة أهل الذكر عليهم السلام .

فمنها ما رواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل دخل بامرأته ، قال : إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة » .

وعن حفص بن البختري ^(٢) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة والغسل » .

وعن داود بن سرحان ^(٣) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : إذا أدلج فقد وجب الغسل و الجاد والرجم و وجب المهر » .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٣ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٤ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ٥ .

وعن يونس بن يعقوب^(١) في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأغلق باباً وأرخصى ستراً ولمس وقبّل ثم طلقها، أيوجب عليه الصداق؟ قال : لا يوجب الصداق إلا الوقاع » .

وعن عبد الله بن سنان^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : سأله أبي وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة فادخلت عليه فلم يمستها ولم يصل إليها حتى طلقها، هل عليها عدة منه؟ فقال : إنما العدة من الماء ، قيل له : وإن كان واقعها في الفرج ولم ينزل؟ قال : إذا أدخله وجب الغسل والمهر والعدة » .

ومارواه الشيخ في التهذيب عن يونس بن يعقوب^(٣) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « قال : سمعته يقول : لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج » .

وعن محمد بن مسلم^(٤) في الموثق « قال : سألت أبا جعفر عليه السلام متى يجب المهر؟ قال : إذا دخل بها » .

وعن حفص بن البختري^(٥) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل دخل بامرأته ، قال : إذا التقى الختانان وجب المهر والعدة » .

وعن يونس بن يعقوب^(٦) في الحسن أو الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فادخلت عليه فأغلق الباب وأرخصى الستر وقبّل ولمس من غير أن يكون وصل إليها بعد ، ثم طلقها على تلك الحال ، قال : ليس عليه إلا نصف المهر » .

أقول : وهذه الأخبار هي أدلة القول المشهور .

و يدل على القول الآخر ما رواه في الكافي عن الحلبي^(٧) في الصحيح أو

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ب ٥٥ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٥ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ و ٦٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٧٦ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٨ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٧٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٨ ح ٥ .

(٦) الكافي ج ٦ ص ١٠٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ح ٢ .

الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يطلق المرأة وقد مس "كل" شيء منها إلا أنه لم يجامعها ، ألهأ عدة ؟ فقال : ابتلي أبو جعفر عليه السلام بذلك فقال له أبوه علي بن الحسين عليه السلام : إذا أغلق باباً وأرخصى ستراً وجب المهر والعدة .

قال في الكافي : قال ابن أبي عمير ، إختلف الحديث في أن لها المهر كلاً ، وبعضهم قال : نصف المهر ، وإنما معنى ذلك أن الوالي إنما يحكم بالحكم الظاهر إذا أغلق الباب وأرخصى الستر وجب المهر ، وإنما هذا عليها إذا علمت أنه لم يمستها فليس لها فيما بينهما وبين الله إلا نصف المهر .

ومارواه في التهذيب ^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام قال : إذا تزوج الرجل المرأة ثم خلا بها فأغلق عليها باباً أو أرخصى ستراً ثم طلقها فقد وجب الصداق ، وخلاؤه بها دخول .

وعن السكوني ^(٢) عن جعفر عن أبيه عليه السلام أن علياً عليه السلام كان يقول : من أجاف من الرجال على أهله باباً وأرخصى ستراً ثم طلقها فقد وجب عليه الصداق . والشيخ حمل هذين الخبرين على ما إذا كانا متهمين ، يعني يريد الرجل أن يدفع المهر عن نفسه ، والمرأة أن تدفع العدة عن نفسها .

واستدل عليه بمارواه في الكافي ^(٣) عن أبي بصير قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : الرجل يتزوج المرأة فيرخصي عليها وعليه الستر ويغلق الباب ثم يطلقها ، فتسأل المرأة : هل أناك ؟ فتقول : ما أنا ، ويسأل هو : هل أنتيها ؟ فيقول : لم آتها ، فقال : لا يصدقان ، وذلك أنها تريد أن تدفع العدة عن نفسها ، ويريد هو أن يدفع المهر عن نفسه ، يعني إذا كانا متهمين ، قال : ومتى كانا صادقين أو كان هناك طريق

(١) و(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٧١ و ٧٢ لكن عن إسحاق بن عمار ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٧ ح ٤٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ١ .

يمكن أن يعرف به صدقهما فلا يوجب المهر إلا المواقعة .
 واستدل عليه برواية زرارة^(١) الدالة على تنصيف المهر بالطلاق قبل الدخول،
 ثم ذكر ما نقله في الكافي عن ابن أبي عمير قال : وهذا وجه حسن ولا ينافي ما
 قدمناه ، لأننا إنما أوجبنا نصف المهر مع العلم بعدم الدخول ومع التمكن من
 معرفته ذلك ، فأما مع ارتفاع العلم وارتفاع التمكن فالقول ما قاله ابن أبي عمير ، انتهى .
 ومنها ما رواه في التهذيب^(٢) عن محمد بن مسلم في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام
 قال : سألت عن المهر متى يجب ؟ قال : إذا أرخيت الستور واجيف الباب ، وقال :
 إنني تزوجت امرأة في حياة أبي علي بن الحسين عليه السلام وإن نفسي تافت إليها ، فذهبت
 إليها فنهاني أبي فقال : لا تفعل بابني ، لأناتها في هذه الساعة ، وإنني أبيت إلا أن
 أفعل فلما دخلت عليها قذفت إليها بكساء كان علي ، وكرهتها وذهبت لأخرج ،
 فنامت مولاة لها فأرخت وأجافت الباب ، فقلت : مه ، قد وجب الذي تريد .
 وعن أبي بصير^(٣) قال : تزوج أبو جعفر عليه السلام امرأة فأغلق الباب ، فقال :
 افتحوا ولكم ما سألتكم ، فلما فتحوا صالحوهم .
 ومارواه في الكافي^(٤) عن إسحاق بن عمار في الموثق عن أبي الحسن عليه السلام
 قال : سألت عن الرجل يتزوج المرأة فيدخل بها فيغلق باباً ويرخي ستراً عليها
 ويزعم أنه لم يمسه ، وتصدق هي بذلك ، عليها عدة ؟ قال : لا ، قلت : فإنه شيء
 دون شيء ؟ قال : إن أخرج الماء اعتدت ، يعني إذا كانا مأموين صدقاً .
 ومارواه الصدوق عن كتاب العلل^(٥) عن أبي عبيدة في الصحيح عن أبي عبد الله

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٦ ح ٧٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٨ ح ٦ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ٨ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٠ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٩ ح ٢ .

(٥) علل الشرايع ص ٥١٧ ب ٢٨٩ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ٣ .

عَنْ الرَّجُلِ يَتَزَوَّجُ الْمَرْأَةَ الْبَكَرَ أَوْ الثَّيِّبَ وَيُرْخِي عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا السُّتْرَ أَوْ يَغْلِقُ عَلَيْهِ وَعَلَيْهَا الْبَابَ ، ثُمَّ يَطْلُقُهَا فَيَقُولُ : لَمْ يَمْسُتْنِي ، وَيَقُولُ هُوَ : لَمْ أَمْسُهَا ، قَالَ : لَا يَصْدَقَانِ ، فَإِنَّهَا تَدْفَعُ عَنْ نَفْسِهَا الْعِدَّةَ ، وَيُدْفَعُ عَنْ نَفْسِهِ الْمَهْرُ .

أقول : هذا ما حضرني من أخبار المسألة ، والشيخ - رحمه الله عليه - فيما تقدم من كلامه قد جنح إلى ما ذكره ابن أبي عمير في الجمع بين هذه الأخبار وهذه الأخبار ، وإلى هذا مال السيد السند في شرح النافع حيث قال بعد نقل كلام ابن أبي عمير : واستحسن الشيخ - رحمه الله - هذا الوجه من الجمع ، ولا بأس به ، انتهى . ومرجعه إلى حمل أخبار إرخاء الستر وإغلاق الباب على الكناية عن الدخول بها ، وأن الظاهر من هذا العمل وقوع الدخول لوجوب التستر به عن الناس ، وحينئذٍ فترجع هذه الأخبار إلى الأخبار الأولى الدالة على وجوب المهر كمالاً بالدخول ، ويخطر بخاطري القاصر وذهنى الفاتر بعد ما ذكره ، بل الذي يظهر من هذه الروايات بعد التأمل في مضامينها وعباراتها والنظر في مطاويق قراينها وإشاراتنا هو أن الموجب للمهر إنما هو إرخاء الستر وإغلاق الباب من حيث هو ، لا من حيث إنه مظنة للوقاع ، وكاشف عن وقوعه ، بل وإن علم عدم الوقاع فالواجب هو ذلك ، وينبئك على ذلك قوله عَنِ الرَّجُلِ فِي رِوَايَةِ زُرَّادَةَ الْمُتَقَدِّمَةِ بَعْدَ أَنْ حَكَمَ بِوُجُوبِ الصَّدَاقِ بِمَجْرَدِ إِغْلَاقِ الْبَابِ وَإِرْخَاءِ السُّتْرِ « خَلَاؤُهُ بِهَا دَخُولٌ ، بِجَعْلٍ مَجْرَدِ خِلَائِهِ بِهَا دَخُولٌ ، وَالحَمْلُ عَلَى أَنَّهُ إِنَّمَا حَكَمَ بِذَلِكَ مِنْ حَيْثُ كَوْنُهُ مَظْنَةً لِلدَّخُولِ ، خِلَافَ الظَّاهِرِ ، وَأَوْضَحَ مِنْهُ فِي ذَلِكَ أَخْبَارُ تَرْوِيجِ الْبَاقِرِ عَنِ الرَّجُلِ وَقد تَضَمَّنَ خَبْرُ مُحَمَّدِ بْنِ مُسْلِمٍ أَنَّهُ عَنِ الرَّجُلِ بَعْدَ أَنْ قَذَفَ عَلَيْهَا بِالْكِسَاءِ وَرَأَاهَا كَرِهَهَا فَذَهَبَ لِيُخْرِجَ ، فَقَامَتْ مَوْلَاتُهَا لَمَّا رَأَتْهُ عَازِمَةً عَلَى الْخُرُوجِ وَأَرْخَتِ السُّتْرَ وَأُجَافَتِ الْبَابُ ، فَقَالَ عَنِ الرَّجُلِ : « قَدْ وَجِبَ الَّذِي تَرِيدِينَ » ، يَعْنِي الْمَهْرَ كَمَلًا ، وَمِنْ الظَّاهِرِ أَنَّهُ لَمْ يَجَامِعَهَا كَمَا يَدُلُّ عَلَيْهِ سِيَاقُ الْخَبْرِ ، وَقَدْ حَكَمَ عَنِ الرَّجُلِ لَهَا بِوُجُوبِ الْمَهْرِ بِمَجْرَدِ مَا فَعَلْتَهُ مَعَ عَدَمِ الْجَمَاعِ ، وَهُوَ أَظْهَرُ ظَاهِرٍ فِيْمَا قُلْنَا ، وَهُوَ أَيْضًا ظَاهِرٌ

خبر أبي بصير وإن كان الخبر الأول أوضح ، ويقرب عندي حمل هذه الأخبار بناءً على ما ذكرناه على التقيّة .

أما (أولاً) فلأنّها هي الأصل في اختلاف الأخبار كما تقدم تحقيقه في مقدمات الكتاب من جلد كتاب الطهارة^(١) .

وأما (ثانياً) فلأنّه بعد بطلان الحمل الذي ذكره بما عرفت فليس إلّا ردّ الأخبار المذكورة ، وقد تقدم أنّ الحمل على التقيّة لا يشترط فيه وجود القائل به منهم ، على أنّه يمكن وجود القائل به ، فإنّه لا يحضرني الآن مذاهب العامة في هذه المسألة ، وكيف كان فالظاهر الذي عليه العمل هو القول المشهور ، وأما ما ذكره ابن الجنيد من تلك الأمور الزائدة على الخلوة فلم نظفر له في أخبارنا على أثر ، وهذه أخبار المسألة كمالاً ، والظاهر أنّه تبع في ذلك العامة كما هي عادته غالباً ، والعجب من أصحابنا في نقل أقواله ، والاعتداد بها مع ما يطمعون به عليه من اقتفاء العامة ، ولا سيما في العمل بالقياس والاستحسان ، هذا بالنسبة إلى ما عدا رواية أبي بصير و صحبة أبي عبيدة المنقولة من كتاب العلل و موثقة إسحاق ابن عمار ، وأما هذه الأخبار الثلاثة فالمستفاد منها بعد ضمّ بعضها إلى بعض أنّه إن كانا في اعترافهما بعدم الدخول متّهمين يجرّ كلّ منهما النفع إلى نفسه من جهة كما صرح به في خبري أبي بصير و صحبة أبي عبيدة فإنها لا يقبل قولهما ، ولو كانا مأمورين صدقاً كما صرح به موثق إسحاق بن عمار ، والظاهر حمل خبر أبي بصير و صحبة أبي عبيدة على وقوع الدخول في الخلوة و ظهور ذلك بقرائن الحال ، وأنّهما إنّما أنكرا ذلك للعلّة المذكورة في كلّ منهما و موثقة إسحاق ابن عمار على عدم ظهور ذلك مع كونهما مأمورين ، وحينئذٍ فلا ينافي ما قدمنا ذكره من أنّ ظاهر تلك الأخبار هو ترتّب وجوب المهر على مجرد الخلوة وإن علم عدم الدخول ، والله العالم .

المسألة الثالثة : لا خلاف بين الأصحاب في أنه إذا طلق زوجته قبل الدخول وقد فرض لها مهرأ فإنه يرجع بنصفه ، فإن كان قد دفع المهر لها استعاد نصفه ، وإلا أعطاها النصف خاصة ، سواء قلنا بأنها تملك المهر جميعاً بمجرد العقد أو نصفه خاصة .

و يدلّ على ذلك من الأخبار ما رواه في الفقيه ^(١) عن محمد بن الفضيل عن أبي الصباح الكناني عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فلها نصف مهرها ، وإن لم يكن سمى لها مهرأ فمتاع بالمعروف ، الحديث .
ومارواه في الكافي ^(٢) عن أبي بصير قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً ، الحديث .
ومارواه في الكافي ^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا طلق الرجل امرأته قبل أن يدخل بها فقد بانت منه و تزوج إن شاءت من ساعتها ، وإن كان فرض لها مهرأ فلها نصف المهر ، الحديث .

و عن الحلبي ^(٤) في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام في رجل طلق امرأته قبل أن يدخل بها ، قال : عليه نصف المهر إن كان فرض لها شيئاً ، الحديث .
إلى غير ذلك من الأخبار الآتي جملة منها إن شاء الله تعالى في المقام ، ثم إن في هذا المقام صوراً عديدة :

الاولى : أن يكون المهر ديناً في ذمته ، و لإشكال في أنه إذا طلقها قبل الدخول برئت ذمته من نصفه ، و وجب عليه دفع النصف الآخر إليها .

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٨ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١١ و ص ١٠٦ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦١ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦١ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٥ ح ٧ .

الثانية : أن يكون عيناً إلا أنها باقية في يد الزوج ، و حينئذ فإن كانت باقية إلى وقت الطلاق من غير زيادة و لانقصان فلا إشكال في أنه يستحق نصفها و يكونان شريكين فيها ، وإن زادت بزيادة من الله سبحانه فالزيادة لها بناءً على ما هو الأشهر الأظهر من انتقال المهر كمالاً إليها بالعقد وأنها تملكته ، وإن كان ملك أحد النصفين متزلاً وإن كانت الزيادة بقعله فهو بمنزلة الغاصب بناءً على القول بانتقال المهر إليها كمالاً كما هو المعتمد فإنه كالأجنبي و يصير كالغاصب . وإن نقصت كان النقص مضموناً عليه ، وإن تلف رجعت عليه بالقيمة أو المثل .

الثالثة : أن يكون عيناً إلا أنه قد سلمها إليها ، فإن كان باقياً استعاد نصفه ، وإن وجده تالفاً استعاد نصف مثله إن كان مثلياً ، ونصف قيمته إن كان قيمياً ، ثم إنه إن اتفقت قيمته من حين العقد إلى حين القبض فلا إشكال ، وإن اختلفت قالوا : يرجع بأقل القيم ، لأن قيمته يوم العقد إن كانت هي الأكثر منها حين قبضها فما نقص قبل القبض كان مضموناً عليه ، فلا يضمنها ما هو في ضمانه ، وإن كانت القيمة يوم القبض أكثر مما زاد بعد العقد لها ، فلا يضمنها ما هو ملكها ، قالوا : وفي حكم التلف ما لو انتقل عن ملكها انتقالاً لازماً كالبيع والعق والهبة اللازمة . الرابعة : كسابقتها إلا أنه وجد العين ناقصة ، و كان النقص نقصان عين ، كعمور الدابة أو صفة كنسيان الصنعة ، ففي كيفية الرجوع أقوال ثلاثة :

(أحدها) وهو المنقول عن الشيخ في المبسوط أن الزوج يتخير بين الرجوع بنصف القيمة سليماً ، وبين أخذ نصف العين من غير أرش .

(ثانيها) الرجوع بنصف العين ونصف الأرض لأن العين لا تخرج عن حقيقتها بالتعيب ، ومستحقه إنما هو العين وتعيبها مجبور بالأرض ، وظاهره في المسالك اختيار هذا القول .

(ثالثها) التفصيل بأن النقص إن كان بفعلها أو فعل الله سبحانه تخير بين أخذ نصفه ناقصاً وبين تضمينها نصف قيمته ، وإن كان من قبل أجنبي لم يكن

له سبيل على المهر وضمنها نصف القيمة يوم قبضه ، وهو قول ابن البراء .
الخامسة: الصورة بحالها إلا أنه وجد العين زائدة ، وحينئذ فلا يخلو إما
أن تكون الزيادة باعتبار القيمة السوقية ، وإلا إشكال في أنه يأخذ نصف العين كما
لو نقصت كذلك ، وإن كانت الزيادة منفصلة كالولد واللبن وثمر الشجرة والكسب
فهي للمرأة بناءً على ما هو الأشهر الأظهر من ملكها المهر كمالاً ببجرد العقد
وهذه الأشياء نماء ملكها سواء كانت العين في يدها أو في يده ، ويختص رجوعه
بنصف الأصل .

ويدل على خصوص هذا الحكم من الأخبار ما رواه في الكافي^(١) عن عبيد
ابن زرارمة في الموثق قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل تزوج امرأة على مائة
شاة ، ثم ساق إليها الغنم ، ثم طلقها قبل أن يدخل بها وقد ولدت الغنم ، قال :
إن كان الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها ، وإن لم يكن الحمل عنده
رجع بنصفها ولم يرجع من الأولاد بشيء .

وما رواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن عبيد بن زرارمة قال : قلت لأبي عبد الله
عليه السلام : رجل تزوج امرأة ومهرها مهرها مهرها فساق إليها غنماً ورقياً فولدت عندها
فطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : إن كان ساق إليها ما ساق وقد حملت عنده فله
نصفها ونصف ولدها ، وإن كن حملت عندها فلا شيء له من الأولاد .

والقريب فيها أن تلك الغنم والرقيق إذا حملت عنده فالمهر مجموع الأمهات
والأولاد ، فمع الطلاق قبل الدخول يرجع بنصف كل منهما ، وأما إذا حملت عندها
فإن المهر إنما هو الأمهات خاصة ، وقد فرضنا أنها تملك المهر بأجمعه بمجرد
العقد فيكون هذا النماء نماء ملكها ، وفي الخبر دلالة واضحة على القول المشهور
من ملكها المهر بمجرد العقد خلافاً لابن الجنييد إذ لو كان كما يدعيه من ملكها

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ١ .

النصف خاصة بالعقد والنصف الآخر إنما تملك بالدخول لكان الرجوع عنها بنصف الأولاد إذا حملن عندها .

إلا أنه قد روى الصدوق في الفقيه^(١) عن الحسن بن محبوب عن حماد الناب عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن رجل تزوج امرأة على بستان له معروف وله غلة كثيرة ، ثم مكث سنين لم يدخل بها ثم طلقها ، قال : ينظر إلى ما صار إليه من غلة البستان من يوم تزوجها فيعطيه نصفه ويعطيها نصف البستان ، إلا أن تغفو فتقبل منه ويصطلحا على شيء ترضى به منه فإنه أقرب للتقوى . وهو كما ترى ظاهر فيما ذهب إليه ابن الجنيدي من أنها بالعقد لا تملك إلا النصف خاصة ، ولهذا حكم بأن غلة البستان في تلك السنين التي بين العقد والطلاق تقسم أنصافاً بينهما ، ومن المعلوم أن الغلة تابعة للأصل .

وبذلك يظهر لك ما في كلام السيد السند في شرح النافع حيث قال في الجواب عن دلالتها على مذهب ابن الجنيدي ماصورته : وهذه الرواية غير دالة على المطلوب صريحاً ، إذ لا مانع من ثبوت هذا الحكم وإن قلنا إن المرأة تملك المهر بأجمعه بالعقد ، فإن فيه إن من القواعد المقررة المتفق عليها نصاً و فتوى أن النماء تابع للأصل ، فإذا فرض أن المرأة تملك المهر كلاً بمجرد العقد ، فكيف يحكم عليه السلام للزوج بنصفه ؟ وما الوجه فيه ؟ ومقتضى القواعد إنما هو كونه للمرأة ، والموافق للقاعدة إنما هو ما ذكرناه من كون نصف الأصل لها بمجرد العقد والنصف الآخر قبل الدخول للزوج ، هذا كلامه في تلك المسألة - أي مسألة ملك الكل أو النصف بالعقد - وأما في هذه المسألة فأقصى ما أجاب به عنها هو ضعف السند .

وبالجملة فالمسألة غير خالية من شوب الاشكال في كل من الموضعين لعدم ظهور محمل لرواية أبي بصير المذكورة ، وليس في سندها ممن ربما يتوقف في شأنه إلا أبو بصير لا شترأكه بن يحيى بن القاسم الضعيف باصطلاحهم والمرادي

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٢ ح ٧٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤١ ح ١ .

الثقة، والحق عندي كما عليه جملة من أفاضل متأخري المتأخرين هو جلاله يحيى بن القاسم وعدّ حديثه في الصحيح، فإن المستفاد من جملة من الأخبار أنه بالمحل الأعلى عندهم عليه السلام، وحينئذ فتكون الرواية صحيحة معتبرة، وبذلك يعظم الاشكال . هذا كله في الزيادة المنفصلة، وأمّا لو كانت متصلة كالسمن وكبر الحيوان فإنه قطع جماعة من الأصحاب بأنّ للزوج نصف قيمته من دون الزيادة، وأنّ المرأة لا تجبر على دفع العين، لأنّ الزيادة ليست ممّا فرض فلا يكون للزوج الرجوع بها، وعلمه في المسالك بأنّ الزيادة ملكها ولا يمكن فصلها ولا تجبر على بذلها مجتأناً ولا بالعوض، لكنّها تتخير حينئذ بين دفع نصف المشتمل على الزيادة وبين بذل نصف القيمة مجردة عنها، فإن سمحت ببذل العين اجبر على القبول، لأنّ النفع عائد إليه واصل حقه في العين عملاً بظاهر الآية، وإنما منع تعلق حقها بها الذي لا يمكن فصله، فإذا سمحت ببذله زال المانع، إنتهى .

أقول : روى الشيخ في التهذيب ^(١) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام عن أبيه أن علياً عليه السلام قال في الرجل يتزوج المرأة على وصيف فكبر عندها فيريد أن يطلقها قبل أن يدخل بها قال : عليه نصف قيمته ^(٢) يوم دفعه إليها لا ينظر في زيادة ولا نقصان .

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ح ٢ .

(٢) أقول : الذي رواه الشيخ في التهذيب « عليه نصف قيمته » الى آخره ، وقال السيد السند في شرح النافع ولعل المراد بقوله عليه نصف قيمته أنه يتعلق بالوصيف نصف القيمة لمولاه ، إذ لا وجه لإلزام المولى بدفع نصف قيمة الوصيف الى المرأة ، ولو كان بدل « عليه » « عليها ، أو له » كان أوضح ، إنتهى .

أقول : الظاهر أن ما وقع من تذكير الضمير هنا إنما هو من سهو قلم الشيخ - رحمه الله - كما نبهنا عليه في مواضع لا يخفى سيما في كتب العبادات مما وقع له من التحريف بالتغيير والتبديل في متون الأخبار وأسانيدها بحيث أنه لا يكاد يسلم خبر من شيء من ذلك إلا

ورواه الكليني^(١) عن السكوني عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن أمير المؤمنين عليه السلام قال في المرأة: تزوج على الوصيف فيكبر عندها فتزيد أو ينقص ثم يطلقها قبل أن يدخل بها، الحديث كما تقدم، وهو كما ترى ظاهر بل صريح فيما ذكره الأصحاب من حكم المسألة، والشيخ في المبسوط بعد أن قوى تخييرها بين دفع نصف العين ونصف قيمتها من دون الزيادة كما قدمنا نقله عن المسالك قال: ويقوى في نفسي أن له الرجوع بنصفه مع الزيادة التي لا يتمييز لقوله تعالى « فنصف ما ما فرضتم »^(٢) وظاهره أنها تجبر على دفع نصف العين في صورة الزيادة التي لا يتمييز، وأورد عليه في المسالك بأن الزيادة ليست ممّا فرض فلا تدخل في مدلول الآية. وأجاب سبطه السيد السند في شرح النافع فقال: ويمكن دفعه بأن العين مع الزيادة التي لا يتمييز يصدق عليها عرفاً أنها المفروضة فتناولها الآية الشريفة، وبالجمله فما قوي في نفس الشيخ لا يخلو من قوة، إنتهى .

أقول: لا يخفى أنه بعد دلالة الخبر المذكور على أن الحكم في المسألة هو دفع نصف القيمة لا ينظر في زيادة ولا نقصان، فما ذكره الشيخ وقواه بمكان من الضعف، وأن ظاهره كما عرفت أن الحكم الشرعي هو جبر المرأة على دفع نصف العين في الصورة المذكورة، ولهذا أن المحقق في الشرايع أشار إلى رده بقوله: ولا تجبر المرأة على الأظهر، وهل هو إلا الاجتهاد في مقابلة النصوص، وبذلك يظهر لك ما في تقوية السيد السند لقول الشيخ هنا من النظر الظاهر، والله العالم.

نادراً، ولهذا أنه في الوافي إنما ذكر الخبر بلفظ « عليها » ومن عادته مراعاة أمثال هذا الغلط والتحريف في الأخبار فلا حاجة إلى ما تكلفه السيد السند - قدس سره - من الحمل، والله العالم . (منه - قدس سره -) .

ويحتمل أن يكون من سهو النساخ لا من قلم الشيخ ولذا في الكافي « وعليها » .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٨ ح ١٣ ، وفيه « وعليها » ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ح ٢ .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٣٧ .

تنبيهات

الاول: قالوا: لوأصدقها حيواناً حاملاً وحكنا بدخول الحمل في الصداق إما بمجرد الاطلاق كما هو مذهب الشيخ وجماعة أو بالشرط كما هو القول الآخر صار الجميع مهرأ، فإذا طلقها قبل الدخول رجع بنصف الجميع لأنه هو المهر. أقول: وقد تقدم ما يدل على ذلك من روايتي عبيد بن زرارة^(١) وقوله عليه السلام في الاولى منهما «إن كانت الغنم حملت عنده رجع بنصفها ونصف أولادها» ونحوه في الثانية، وقد تقدم بيان الوجه فيه، وإطلاق الخبرين المذكورين شامل لما لو وقع الطلاق قبل وضع الحمل أو بعده فإنه يرجع بالنصف في كلتا الحالتين، لأنه قد علق الرجوع بالنصف على حصول الحمل عنده المستلزم لوقوع العقد بعد الحمل، وهو أعم من أن تضع قبل الطلاق أو بعده، وبذلك يظهر أن ما وقع لهم في هذا المقام من الاحتمالات والتفريعات والتكلفات - كما نقله في المسالك حتى ذهب بعضهم في صورة الطلاق بعد الوضع إلى الرجوع بنصف الام خاصة وأرض نقصانها، قال: لأن الحمل زيادة ظهرت بالانفصال عن ملكها، وبعضهم جعله احتمالاً في المسألة - كله نفخ في غير ضرام وخروج عما جاء عنهم عليه السلام، والظاهر أنه لم يخطر لهم هذه الأخبار بالبال، وإنما بنوا على مجرد التخريجات العقلية كما هي عادتهم غالباً.

الثاني: قالوا: لوأصدقها تعليم صناعة ثم طلقها قبل الدخول كان لها نصف اجرة تعلمها، ولو كان علمها قبل الطلاق رجع بنصف الاجرة. وعلق الرجوع بنصف الاجرة في الموضعين المذكورين بأنه (في الأول) يتعذر تعليمها نصف الصنعة خاصة، إذ ليس للنصف حد يوقف عليه أو لا نصف لها مطلقاً فينزل ذلك منزلة

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٤، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح

ما لو تلف الصداق في يده، فترجع بنصف الاجرة ، ولأنه صار أجنبيًا لا يصلح تعلمها منه لو فرض إمكان التوصل إلى الحق .

و أما (في الثاني) فلتعذر رجوعه بعين ما فرض ، إذ لا يمكن تخليص نصف الصنعة منها فيكون المهر بمنزلة التالف في يدها ، فيرجع بنصف الصنعة منها فيكون المهر بمنزلة التالف في يدها ، فيرجع بنصف الاجرة . قالوا : و الحكم في الموضوعين مما لا إشكال فيه .

قالوا : ولو كان الصداق تعليم سورة وطلقها قبل الدخول ، فإن كان قد علمها رجع عليها بنصف الاجرة كالصنعة ، وإن لم يكن علمها فليس الحكم فيها كالصنعة لأن تعليم نصف السورة أمر ممكن في نفسه ، ولكن الزوج صار أجنبيًا منها ، فإن حرمنّا على الأجنبي سماع صوت المرأة أو جوزناه ، ولكن خيف الفتنة أو لم يمكن ذلك إلا بالخلوة المحرمة رجعت عليه بنصف الاجرة كالصنعة ، لتعذر الرجوع إلى نصف المفروض بمانع شرعي ، فيكون كالمنايع العقلي ، وإن أمكن ذلك من غير محذور قيل : جاز تعليمها النصف من وراء حجاب ، لأنه موضع ضرورة كعمالة الأجنبية ، أو لأنه تعلم واجب ، أو لأن مطلق سماع صوتها غير محرم ، وهذا الوجه خيرة الشيخ في المبسوط ، و قيل : ترجع عليه بنصف الاجرة مطلقاً ، لما ذكر من الموانع ، ولأن النصف يعسر الوقوف عليه ، لاختلاف الآيات في سهولة التعليم وصعوبته ، وعلى الأول تقسم السورة بالحروف ، لا بالآيات .

أقول : لم أقف في هذا المقام على شيء من الأخبار إلا ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن زرارة عن أبي جعفر عليه السلام في رجل تزوج امرأة على سورة من كتاب الله عز وجل ثم طلقها من قبل أن يدخل بها ، بما يرجع عليها ؟ قال : بنصف ما يعلم به مثل تلك السورة ، ومورد الرواية ما إذا علمها السورة ، لأن الرجوع عليها دليل وصول المهر إليها . وإلا لكانت هي التي ترجع عليه ، ويبقى الاشكال فيما لو لم يعلمها السورة ، فهل الواجب عليه تعليمها النصف لأنه ممكن ؟ وما ذكره من تحريم سماع

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٢ ح ١٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٦٤ ح ٣٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٧

الأجنبية على إطلاقه ممنوع كما تقدم قريباً ، بل الأدلة الكثيرة صريحة في الجواز فيعلمها ولومن وراء حجاب - أنها ترجع بنصف الأجرة ؟ احتمالان ، والظاهر أن الحكم في الصنعة إذا طلقها بعد أن علمها إياها كذلك ، من وجوب الرجوع عليها بنصف أجرة مثلها كما ذكره ^{الشيخ} في السورة ، لاشتراك الجميع في التعليم الذي هو الموجب للأجرة ، وحينئذ فيكون حكم هذه الصورة مستفاد من النص المذكور ، فلا حاجة إلى ما أطلوا به في تعليل ذلك مما تقدم نقله عنهم ، من قولهم : وأما في الثاني فلنعذر رجوعه بعين ما فرض إلى آخره .

الثالث : المشهور بين الأصحاب أنه لو أبرأته من الصداق قبل الدخول بها ثم طلقها قبل الدخول أنه يرجع عليها نصف المهر الذي وقع عليه العقد ، لأنه لا فرق بين تصرفها فيه يصرفه في مصالحها ولا بين تصرفها فيه بالابراء منه أو بهبته له أو لغيره ، ومجمله أنها متى تصرفت فيه تصرفاً ناقلاً عن ملكها لازماً لا يمكن الرجوع فيه ، فإنه يلزمها عوض النصف .

وحكى في القواعد وجهاً بعدم الرجوع ، وقبلة الشيخ في المبسوط ، قال في المسالك : وهو قول لبعض العامة ، واحتجوا عليه بأنها لم تأخذ منه مالا ولا نقلت إليه الصداق ولا أتلفته عليه ، فلا تضمن .

ورد بأن ضعفه ظاهر ، فإن المهر كان مستحقاً لها في ذمة الزوج ، فلما أبرأته منه انتقل عن ملكها إليه فتحقق النقل ، أو يقال : بأنها إسقاط المهر من ذمته بعد أن كان ثابتاً فيها قد أتلفته ، إذ لا شبهة في أنه كان ملكها ثم خرج عنه فتعزم له البذل ^(١) .

(١) قالوا : أما الأول فظاهر ، وأما الثاني فلاشتماله أن يستحق الإنسان في ذمة نفسه شيئاً فلا يتحقق نقله إليه ، وأما الثالث فلأنه لم يصدر منها إلا إزالة إستحقاقها في ذمته وهو ليس بإتلاف البتة ، ورد هذه الوجوه في المسالك بكلام يطول ذكره ليس في نقله مزيد فائدة بعد ما عرفت في الأصل ، ومن أحب الوقوف عليه فليرجع الى الكتاب المذكور . (منه - قدس سره -) .

أقول : والذي حضرني من الأخبار المتعلقة بهذه المسألة ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) عن محمد بن مسلم في الموثق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة فأ مهرها ألف درهم و دفعها إليها فوهبت له خمسمائة درهم وردتها عليه ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، قال : ترد عليه الخمسمائة درهم الباقية لأنها إنما كانت لها خمسمائة درهم فوهبتها له ، وهبتها إياها له ولغيره سواء .

وما رواه في التهذيب والفقهاء^(٢) عن شهاب بن عبد ربّه في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة على ألف درهم ، فبعث بها إليها فردتها عليه وهبتها له ، وقالت : أنا فيك أرغب منّي في هذه الألف هي لك ، فقبلها منها ثم طلقها قبل أن يدخل بها ، قال : لا شيء لها وترد عليه خمسمائة درهم . وما رواه الشيخ^(٣) في الموثق عن سماعة قال : سألت عن رجل تزوج جارية أو تمتع بها ثم جعلته من صداقها في حل ، أيجوز له أن يدخل بها قبل أن يعطيها شيئاً ؟ قال : نعم إذا جعلته في حل فقد قبضته منه ، فإن خلاها قبل أن يدخل بها ردت المرأة على الزوج نصف الصداق .

وبذلك يظهر لك ضعف ما احتمله الشيخ والعلامة من عدم الرجوع بناءً على تلك التخريصات الباردة والتخريجات الشاردة ، ومنشأ ذلك الغفلة عن ملاحظة الأخبار وعدم إعطاء التأمل حقّه في تتبع الآثار الواردة عن الأئمة عليهم السلام .

الرابع : لو أعطاها عوض المهر متاعاً أو عبداً أو شيئاً ثم طلق قبل الدخول رجع بنصف المسمى دون العوض ، والوجه في رجوعه بنصف المسمى دون

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٧ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٨ ح ٥٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٤ ب ٣٥ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٧ ح ٨ مع إختلاف يسير ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٤ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٨ ح ٩ مع إختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٤ ح ٧٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ٢ .

نصف العوض أن الذي يستحقه الزوج بالطلاق نصف المهر المفروض ، و عوضه غيره ، فلا يرجع به ، وينبغي أن يعلم أن المراد برجوعه بنصف المسمى هنا إنما هو رجوعه بمثله أو قيمته ، لأن المسمى بالمعاوضة ودفع العوض الذي هو أحد هذه المتكورات قد صار ملك الزوج ، فالنصف المحكوم بعوده إليه قد انتقل عن ملكها بالمعاوضة المذكورة ، فيرجع حينئذ إلى مثله أو قيمته ، كما لو انتقل منها إلى غيره ، ولا فرق في ذلك بين انتقاله بعوض يساوي قيمته أو ينقص أو يزيد ، ولابن أنوع الأعواض لاشتراك الجميع في المقتضى وهو خروجه بذلك عن ملكها كما خرج بغير عوض كالهبة .

ويدل على أصل الحكم المذكور ما رواه الكليني ^(١) في الصحيح عن الفضيل ابن يسار قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل تزوج امرأة بألف درهم فأعطاهما عبداً له آبقاً وبرداً حبرة بألف درهم التي أصدقها ، قال : إذا رضيت بالعبد وكانت قد عرفته فلا بأس إذا هي قبضت الثوب ورضيت بالعبد ، قلت : فإن طلقها قبل أن يدخل بها ؟ قال : لا مهر لها وترد عليه خمسمائة ويكون العبد لها .

الخامس : الظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في أنه إذا دبر مملوكاً ذكرراً كان أو أنثى جاز لمن دبره أن يجعله مهراً لزوجته ، لأنه بالتدبير لا يخرج عن ملكه ، بل له التصرف فيه بجميع أنواع التصرفات من بيع وغيره ، وهو كالوصية بل هو في التحقيق وصية بالعتق ، و حينئذ فلو طلقها قبل الدخول صار المدبر مشتر كاً بينهما لرجوع نصفه إلى الزوج ، حيث إنه المهر و حكمه الرجوع بنصفه في الطلاق ، وهذا كله مما لا خلاف فيه . إنما الخلاف في أنه يجعله مهراً ، هل يبطل التدبير أو يبقى صحيحاً ؟ أكثر الأصحاب سيما المتأخرين على الأول ، وهو مذهب ابن إدريس ومن تأخر عنه ، وذهب الشيخ في النهاية و بعض أتباعه

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٦ ح ٤٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٥

إلى الثاني .

قال في النهاية: إذا عقد لها على جارية مدبرة له ورضيت المرأة به ثم طلقها قبل الدخول بها كان لها يوم من خدمتها ، وله يوم ، فإذا مات المدبر صارت حرة ولم يكن لها عليها سبيل ، وإن ماتت المدبرة وكان لها مال كان نصفه للرجل ونصفه للمرأة . ونحوه كلام ابن البراج في كتابيه المذهب والكمال .

وقال ابن إدريس: الذي يقتضيه اصول المذهب أن العقد على هذه المدبرة صحيح ، وتخرج عن كونها مدبرة وتستحقها المرأة ، لأن التدبير وصية ، ولو أوصى ببعض أملاكه ثم أخرجه عن ملكه قبل موته بطلت وصيته ، والمدبرة هنا قد أخرجها بجعلها مهراً - إلى أن قال : - اللهم إلا أن يكون التدبير المذكور واجباً على وجه النذر لارجوع للمدبر فيه ، فيصح ما قاله شيخنا - رحمه الله - . واعترضه العلامة في المختلف بطلان جعلها مهراً حينئذ ، وقيد بقاء التدبير بما لو شرط إبقاء التدبير فإنه يكون لازماً لعموم ^(١) المؤمنين عند شروطهم ، ولأنه كشرط العتق في البيع ونحوه .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن مستند الشيخ فيما ذهب إليه في النهاية هو ما رواه عن المعلّى بن خنيس ^(٢) قال : سئل أبو عبد الله عليه السلام وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على جارية له مدبرة قد عرقتها المرأة وتقدمت على ذلك وطلقها قبل أن يدخل بها ، قال : فقال : أرى للمرأة نصف خدمة المدبرة ، ويكون للمرأة يوم في الخدمة ، ويكون لسيدها الذي كان دبرها يوم في الخدمة ، قيل له : فإن ماتت المدبرة قبل المرأة والسيّد ، لمن يكون الميراث ؟ قال : يكون نصف ما تركت

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ذيل ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٠ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٤٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٤

للمرأة والنصف الآخر لسيدها الذي دبرها ،^(١)

قال في المسالك: وهذه الرواية مع ضعف سندها لا تدل على انعقادها بموت السيد كما ادعاه الشيخ، وإنما تضمنت صحة جعلها مهراً وعود نصفها إلى المولى، وكونها مشتركة بينه وبين المرأة، وما تركته بينهما كذلك، وهذا كله لا كلام فيه .

نعم يظهر منها راحة البقاء على التدبير من قوله «وتقدمت على ذلك» وقوله «فإن ماتت المدبرة» وشبه ذلك، ومثل هذا لا يكفي في إثبات الحكم المخالف للأصل. انتهى، وهو جيد .

أقول الأقرب في هذه الرواية وإرجاعها إلى ما عليه الأصحاب هو ما ذكره في المختلف من الحمل على الشرط بمعنى أنه أمهرها المدبرة وشرط بقاء التدبير، فإن الشرط سايغ كما في شرط العتق في البيع، فيكون التدبير لازماً لا يمكن الرجوع فيه لوجوب الوفاء بالشرط، ويشير إليه قوله في الرواية وقد عرفتها المرأة وتقدمت على ذلك بمعنى أنها عرفت الشرط عليها بذلك ورضيت به، وعلى هذا يرتفع منافاة الخبر للقواعد الشرعية وينطبق على ما قاله الأصحاب، ولا ريب أنه أقرب ما يمكن أن يقال .

المسألة الرابعة : المشهور في كلام الأصحاب أنه إذا اشترط في العقد ما يخالف المشروع مثل أن لا يتزوج عليها أو لا يتسرى بطل الشرط وصح العقد والمهر، وكذا لو شرط تسليم المهر في أجل، فإن لم يسلمه كان العقد باطلاً، لزم العقد والمهر وبطل الشرط .

(١) أقول : في هذه الرواية ما يدل على ما أخرناه وقدمنا تحقيقه في كتاب البيع من أن العبد يملك وإن كان في التصرف محجوراً عليه إلا بإذن سيده، وما طعن به ابن إدريس في هذه الرواية من هذه الجهة مردود بأن ما ذكرناه من ملك العبد مستفاد من جملة من الأخبار كما تقدم في الكلام فيه ثمة . (منه - قدس سره -) .

قال في المسالك : لا إشكال في فساد الشرط المخالف للمشروع لذلك ، وإنما الكلام في صحة العقد بدون الشرط من حيث إنهما لم يقصدا إلى العقد إلا مقيداً بالشرط المذكور ، وقد سبق غير مرة أن فساد الشرط يوجب فساد العقد عند المصنف والأكثر ، ولكن ظاهرهم هنا هو الاتفاق على صحة العقد ، لأنهم لم ينقلوا فيه خلافاً ، انتهى .

واعترضه سبطه السيد السند في شرح النافع فيما ذكره من أن ظاهرهم الاتفاق على صحة العقد وأنهم لم ينقلوا خلافاً ، فقال : وهو غير جيد ، فإن العلامة - رحمه الله عليه - حكى في المختلف عن الشيخ في المبسوط أنه قال : إن كان الشرط يعود بفساد العقد - مثل أن تشترط الزوجة عليه أن لا يطأها - فالنكاح باطل ، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد ، ثم قال في المختلف : والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط إلى آخره .

أقول : فيه أن الظاهر من كلام جده في المسالك ومثله المحقق في الشرايع أن مسألة اشتراط أن لا يطأها الزوج غير مسألة اشتراط أن لا يتزوج ولا يتسرى عليها ، وأن الثانية منهما مما لا خلاف في كون الشرط مخالفاً للمشروع بخلاف الأولى ، فإن المحقق قد صرح بالمسألتين كل منهما في مقالة على حدة ، فذكر مسألة اشتراط أن لا يتسرى ولا يتزوج بنحو ما قدمنا ، و وصفه بأنه شرط يخالف المشروع ، وحكم فيها بطلان الشرط وصحة العقد ، ثم ذكر بعدها بلا فصل مسألة اشتراط أن لا يطأها ، واختار لزوم الشرط وصحة العقد ، ومثله الشارح في المسالك فإنه اختار ذلك أيضاً ، ونقل كلام الشيخ في المبسوط الذي اعترض به عليه في شرح هذه المقالة ، وهو ظاهر في تغاير المسألتين واختلاف الحكمين ، وأن الاتفاق الذي ادعاه إنما هو بالنسبة إلى الشروط المتفق على كونها مخالفة للمشروع ، و شرط عدم الوطء - عنده ، وعند من قال بجواز اشتراطه وهو مذهب الشيخ في النهاية وغيره كما سيأتي إن شاء الله - غير مخالف للمشروع ، وبذلك يظهر لك

أنّ إبراده عليه غير متوجّه كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى تمام الظهور من الكلام في ثاني هذه المسألة ، على أنّ جده قد نقل في شرح هذه المسألة - أعني مسألة أن لا تشترط ما يخالف المشرع كعدم التزويج والنسري - عن الشيخ في المبسوط أنّه قال في هذه المسألة : ولا يفسد المهر عندنا . قال في المسالك : وهو ظاهر في الاتفاق عليه ، وصحة المهر إنما يكون مع صحة العقد .

أقول : وفيه كما ترى دلالة واضحة على ما قلناه من تغاير المسألتين ، وأنّ ظاهر كلام الشيخ في المبسوط في هذه المسألة الاتفاق على صحة العقد بالتقريب الذي أشار إليه جده ، وفي مسألة اشتراط أن لا يبطأها ، ذكر ذلك الكلام الظاهر في بطلان العقد كما عرفت ، وبدل أيضاً على اختلاف المسألتين إختلاف أخبارهما كما ستقف عليه إن شاء الله تعالى ^(١) .

و الواجب هنا أولاً نقل ما وصل إلينا من الأخبار في هذه المسألة ، ثمّ الكلام بما يتعلّق بها من نقض أو إبرام .

فمنها ما رواه الشيخ في التهذيب ^(٢) عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام « في رجل تزوج امرأة وشرط لها إن هو تزوج عليها امرأة أو هجرها أو اتخذ عليها سرية فهي طالق ، فقضى في ذلك بأن شرط الله قبل شرطكم ، فإن شاء وفي لها بالشرط ، وإن شاء أمسكها واتخذ عليها ونكح عليها » .

وعن ابن سنان ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل قال لامرأته : إن نكحت عليك أو تسريت فهي طالق قال : ليس ذلك بشيء ، إن رسول الله ﷺ قال : من اشترط شرطاً سوى كتاب الله فلا يجوز ذلك له ولا عليه » .

(١) فإن أخبار اشتراط أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى قد إتفقت على بطلان الشرط مع صحة العقد ، وأخبار اشتراط أن لا يبطأها قد إتفقت على صحة الشرط . (منه - قدس سره -) .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٠ ح ٦٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٧ ب ٣٩ ح ٢ .

و ما رواه في الكافي ^(١) عن زرارة « أن ضريساً كان تحته بنت حمران بن أعين ، فجعل لها أن لا يتزوج عليها ولا يتسرى أبداً في حياتها ولا بعد موتها على أن جعلت له هي أن لا يتزوج بعده وجعلاً عليهما من الهدي والحج والبدن وكل ما لهما في المساكن إن لم يف كل واحد منهما لصاحبه ، ثم إنه أتى أبا عبد الله عليه السلام فذكر ذلك له ، فقال : إن لابنة حمران لحقاً ، ولن يحملنا ذلك على أن لا نقول لك الحق ، إذ ذهب وتزوج وتسرى ، فإن ذلك ليس بشيء ، وليس شيء عليك ولا عليها وليس ذلك الذي صنعتما بشيء ، فجاء فتسرى و ولد له بعد ذلك أولاد .

و رواه في الفقيه ^(٢) عن موسى بن بكر عن زرارة « قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام إن ضريساً كان تحته ابنة حمران ، الحديث على تفاوت في ألفاظه وزيادة ونقصان . إلا أنه قد ورد بازاء هذه الأخبار ما يدل أيضاً على لزوم الشرط المذكور .

وهو ما رواه في الكافي ^(٣) عن ابن بزرج « قال : قلت لأبي الحسن موسى عليه السلام وأنا قائم : جعلني الله فداك إن شريكاً لي كانت تحته امرأة فطلقها فبانت منه فأراد مراجعتها ، وقالت المرأة : لا والله لا أتزوجك أبداً حتى تجعل الله عليك لي ألا تطلقني ولا تزوج علي » ، قال : وفعل ؟ فقلت : نعم قد فعل ، جعلني الله فداك ، قال : بشئ ما صنع وما كان يدره ما وقع في قلبه في جوف الليل أو النهار ، ثم قال له : أما الآن فقل له : فليتم للمرأة شرطها فإن رسول الله ﷺ قال : « المسلمون عند شروطهم » الحديث .

وما رواه في التهذيب ^(٤) عن ابن بزرج عن عبد صالح عليه السلام قال : قلت : إن رجلاً

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٦ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٥ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٣ - ص ٢٧٠ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٩ ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ مع اختلاف .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

من مواليك تزوج امرأة ثم طلقها فبانت منه فأراد أن يراجعها فأيت عليه إلا أن يجعل الله عليه أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها فأعطاها ذلك ، ثم بدا له في التزويج بعد ذلك ، فكيف يصنع ؟ قال : بشئ ما صنع وما كان يدره ما يقع في قلبه بالليل والنهار ، قل له فليف للمرأة بشرطها ، فإن رسول الله ﷺ قال : والمؤمنون عند شروطهم .

قال في التهذيب بعد ذكر الرواية الثانية: ليس بين هذالرواية والرواية الأولى تضاد ، لأن هذه الرواية محمولة على الاستحباب على أن هذه الرواية تضمنت أنه جعل الله عليه ذلك ، وهذا نذر وجب عليه الوفاء ، وما تقدم في الرواية الأولى جملاً على أنفسهما ولم يقل الله فلم يكن ذلك نذراً يجب الوفاء به . وفي الاستبصار جوز حمله على التقيّة ، قال : لموافقته العامة .

أقول : وهذا هو الظاهر الذي يجب حمل الخبرين المذكورين عليه وإلا فلا استحباب قد عرفنا ما فيه فيما تقدم ، وأما الحمل على النذر ، ففيه إشكال لأن الظاهر أنه يرجع إلى نذر المباح ، وفي انعقاده خلاف ، أظهره عدم الانقضاء كما تحقق في محله ، والأخبار دلّت على أن النذر ليس بشيء حتى يسمّى الله شيئاً صدقة أو صلاة أو نحو ذلك من الطاعات الراجعة ، ومجرد قوله لله مع كون المندور إنمّا هو أن لا يطلقها ولا يتزوج عليها لا يخرج عن المباح .

وبالجملة فالظاهر هو حمل الخبرين على التقيّة ، ويكون العمل على تلك الأخبار المؤيدة باتّفاق الأصحاب على الحكم المذكور .

ثم إن من الأخبار الدالة على صحّة العقد مع بطلان الشرط - خلافاً لما زعموه من أن مقتضى القواعد بطلان العقد بطلان الشرط من حيث عدم الفصد إلى العقد إلا مقيّداً بالشرط - ما رواه الشيخ (١) في الصحيح عن محمد بن قيس عن أبي جعفر عليه السلام في الرجل يتزوج المرأة إلى أجل مسمى فإن جاء بسداقها إلى أجل

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٠ ح ٦١ مع اختلاف يسير ، الرسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٢٨ ح ١ .

مسمى فهي امرأته ، وإن لم يأت بصدقها إلى الأجل فليس له عليها سبيل - وذلك شرطهم بينهم حين أنكحوا - ففرض للرجل أن ييده بضع امرأته وأحبط شرطهم .
ورواه الكليني ^(١) أيضاً بسند فيه سهل .

وعن محمد بن قيس ^(٢) في الصحيح عن أبي جعفر عليه السلام قال : قضى علي في رجل تزوج امرأة وأصدقها واشترطت في ذلك أن ييدها الجماع والطلاق ، قال : خالفت السنة ، وولت الحق من ليس بأهله ، قال : قضى علي عليه السلام أن على الرجل النفقة و يده الجماع والطلاق وذلك السنة .

وفي معناها أخبار عديدة تقدمت في كتاب البيع ، ومنها أخبار بريرة ^(٣) .
ومما يدل على ما هو المشهور هنا ما رواه في الكافي والتهذيب ^(٤) عن هارون ابن مسلم عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : ما تقول في رجل جعل أمر امرأته يدها؟ قال : فقال : ولي الأمر من ليس أهله وخالف السنة ، ولم يجز النكاح .

أقول : ويمكن حمل إطلاق الخبر الأول على هذا الخبر : فإنه صريح في بطلان النكاح ، والسابق لظهور له في ذلك ، وإن استدلل به أصحابنا على صحة العقد مع بطلان الشرط ، إلا أنه عندي غير ظاهر في حكم العقد من صحة أو بطلان ، بل هو مطلق ، و الذي قدمناه من التحقيق في هذا المقام هو أنه لما كانت الأخبار مختلفة في ذلك فالواجب الوقوف على ما دلّت عليه من غير أن يكون

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٦ ب ٣٨ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٧ وفيه عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله - عليه السلام - مع اختلاف ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٦٠ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦١ مع اختلاف يسير الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ب ٢٩ ح ١ مع اختلاف يسير .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٤١ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٦١ ح ٩ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٣٧ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ٨٨ ح ٢٢٠ وفيه (مروان بن مسلم) ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٣٦ ح ٥ .

هنا قاعدة يبنى عليها كما ذكره، ومالم يرد فيه خبر ينبغي التوقف في الحكم. وكيف كان فالعمل في المسألة على ما دلت عليه الأخبار المتقدمة من صحة العقد وبطلان الشرط في صورة اشتراط أن لا يتزوج ولا يتسرى، وكذا في صورة اشتراط تسليم المهر إلى أجل.

وقد صرح في المسالك بأن في المسألة وجهاً أوفولاً بصحة العقد دون المهر، ثم شرح ذلك بما هو مذكور ثمّة^(١) وهو اجتهد في مقابلة النصوص، ومن ثم أعرضنا عن ذكره وطوينا الكلام دون نشره، فإن مقتضى النصوص المذكورة هو صحة العقد والمهر وبطلان الشرط خاصة، والله العالم.

المسألة الخامسة: إختلف الأصحاب فيما لو شرطت أن لا يفتضها على أقوال: (أحدها) ما ذهب إليه الشيخ في النهاية من لزوم الشروط وصحة العقد في الدائم والمنقطع، وبه قال جمع من الأصحاب منهم المحقق في الشرايع، والشارح في المسالك.

(١) قال - قدس سره - في تعليل ما نقلناه عنه: لأن الشرط كالعوض المضاف إلى الصداق حيث يكون من المرأة، أو كجزء من المعوض، والصداق مبذول في مقابلة الجميع، ويفساد الشرط يفوت بعض العوض والمعوض بقيمته مجهولة، فلا يعلم قدر الصداق في الأول ولا نصيب الباقي في الثاني، فيثبت مهر المثل وهو متجه لأنه في الأول قد رضي ببذله مع التزام ترك حق، فمع إنتفاء اللزوم يكون الرضاء به أولى، ولأنها في الثاني قد رضيت به مع ترك حق لها، فبدونه أولى به، إنتهى.

وفيه ما عرفت من غير مقام من الكتاب من أن مقابلة النصوص بهذه التعليقات العقلية جراءة عليهم - صلوات الله عليهم، أرايت أنهم - عليهم السلام - يطلقون الأحكام في النصوص، ولا يعلمون ما ذكره هو وغيره من هذه التعليقات المذكورة ونحوها، والله در سبطه في شرح النافع حيث قال بعد نقل ملخص كلامه: وهذا الإحتمال لا يخلو من ضعف، لأنه إن اعتبر حصول الرضا بالعقد بدون الشرط إتجه الحكم بفساد العقد، وإن عول على الرواية وجب المصير إلى القول بالصحة في موارد، والله العالم. (منه - قدس سره -).

قال في النهاية : لو شرطت عليه في حال العقد أن لا يفتضها لم يكن له اقتضاها فإن أذنت له بعد ذلك في الاقتضا جاز له ذلك .

وقال المحقق في الشرايع : وإذا شرط أن لا يفتضها لزم الشرط ، ولو أذنت بعد ذلك جاز عملاً بإطلاق الرواية ، وقيل : يختص لزوم هذا الشرط بالنكاح المنقطع وهو تحكّم .

واستدلوا على ذلك بما تكرر من الحديث المستفيض^(١) «المؤمنون عند شروطهم» . ومارواه الشيخ^(٢) عن سماعة بن مهران عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل جاء إلى امرأة فسألها أن تزوجه نفسها ، فقالت : أزوجك نفسي على أن تلتمس مني ما شئت من نظر و التماس ، وتنال مني ما ينال الرجل من أهله إلا أنك لا تدخل فرجك في فرجي وتلذذ بما شئت فإنني أخاف الفضيحة ، قال : ليس لها منها إلا ما اشترط .

ورواه في الكافي^(٣) عن عمار بن مروان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله . وعن إسحاق بن عمار^(٤) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : قلت له : رجل تزوج بجمارية عاتق على أن لا يفتضها ، ثم أذنت له بعد ذلك ، قال : إذا أذنت له فلا بأس . والرواية الأولى دالة على جواز اشتراط عدم الوطء مطلقاً ، وإن لم يكن بطريق الاقتضا ، وهما بإطلاقهما شاملتان للعقد الدائم والمنقطع .

و(ثانيها) ما ذهب إليه الشيخ في المبسوط من بطلان الشرط والعقد معاً في الدائم وصحة الشرط في المنقطع ، وهو مذهب العلامة في المختلف وولده في الشرح

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ذيل ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٦٧ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٢٧٠ ح ٨٥ ، الوسائل ج ١٤ ص ٤٩١ ب ٣٦ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٦٩ ح ٥٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٥ ح ٢ .

واختاره المحقق الشيخ علي في شرح القواعد^(١) والسيد السند في شرح النافع، قال في المبسوط : إذا كان الشرط يعود بفساد العقد مثل أن تشترط الزوجة عليه أن لا يبطأها فالتكاح باطل، لأنه شرط يمنع المقصود بالعقد، قال : وقد روى أصحابنا أن العقد صحيح والشرط صحيح ولا يكون له وطؤها، فإن أذنت فيما بعد كان له ذلك، قال : وعندي أن هذا يختص "عقد المتعة دون عقد الدوام، ومثله قال القطب الكيدري .

قال في المختلف بعد نقل الأقوال في المسألة : والوجه عندي ما قاله الشيخ في المبسوط من بطلان العقد والشرط معاً، أما الشرط فلأنه مناف لمقتضى العقد، ومن أهم مقتضياته حصول التناسل، وهو يستدعي الوطء، وأما العقد فلم يدم الرضاء به بدون الشرط .

واحتجوا على الجواز في المنقطع بأن المقصود الأصلي من التمتع التلذذ وكسر الشهوة دون التوالد والتناسل، وذلك لا يستدعي الوطء، وعليه تزولوا الرايتين المذكورتين .

قال في المسالك : وهذا لا يخلو من التحكّم كما قاله المصنّف، لأن النص مطلق، والمقاصد في التكاح مطلقاً مختلفة، وجاز أن يكون المطلوب من الدائم ما ادعوه في المنقطع وبالعكس، ولا يعتبر في صحّة العقد تنبّع غايته، ولارعاية مقاصده الغائية، بل يكفي قصد بعضها، وهو متحقق في المتنازع فيهما . انتهى، وهو جيد .

و (ثالثها) ما ذهب إليه ابن إدريس و جماعة من فساد الشرط في الدائم

(١) قال المحقق الشيخ علي - رحمه الله - وأما البطلان في الدوام فلأنه مناف لمقتضاه لأن المقصود الأصلي منه النسل، ومن أهم مقتضياته حصول التناسل وهو يستدعي الوطء فيكون الشرط فاسداً ويفسد به العقد للمنافاة وعدم الرضاء بالعقد إلا به، انتهى .

(منه - قدس سره -) .

و المنقطع ، وصحة العقد ، قال في كتاب السرائر : إن شرط ما يخالف الكتاب و السنة كان العقد صحيحاً ، و الشرط باطلاً ، و روى أنه إن شرطت عليه في حال العقد أن لا يفتضها لم يكن له اقتضاها ، فإن أذنت له بعد ذلك في الاقتضاض جاز له ذلك ، فأوردها شيخنا أبو جعفر في نهايته إيراداً لا اعتقاداً ، لأنه رجوع عنه في مبسوطه ، وقال : ينبغي أن يخص هذه الرواية بالنكاح المؤجل دون الدوام ، لأن المقصود من ذلك الاقتضاض ، والذي يقتضيه المذهب الأول ، إذ الشرط باطل لأنه مخالف لموضوع الكتاب و السنة ، ولأن الأصل براءة الذمة من لزوم هذا الشرط ، والاجماع غير منعقد عليه ، بل ما يورد ذلك إلا في شواذ الأخبار ، إنتهي . أقول : أما ما ذهب إلى بطلان العقد استناداً إلى تلك القاعدة التي قررناها ، والضابطة التي اعتبروها فهو مردود بما قدمنا تحقيقه في غير موضع من أن أكثر الأخبار خرجت على خلاف هذه الضابطة وإن دل بعضها على اعتبارها ، فهي حينئذ لا تصلح لأن تكون ضابطة كلية ترد في مقابلتها الأخبار ، بل الواجب هو العمل على الأخبار في كل حكم وافقت تلك الضابطة أو خالفتها ، ومع عدم وجود خبر فالتوقف في المسألة والرجوع إلى الاحتياط .

وأما من ذهب إلى فساد الشرط فهو أيضاً مبني على ما ذكره و ادعوه من أن الغرض من النكاح الدائم التوالد والتناسل الذي يتوقف على الجماع ، وأنه بذلك يكون هذا الشرط مخالفاً للكتاب و السنة .

وفيه ما ذكره شيخنا الشهيد الثاني فإنه كلام موجه ، و يرجع ذلك إلى منع مخالفة الكتاب و السنة ، فإنه حيث دل الخبر على صحة اشتراطه فلا مخالفة فيه ، وأنه شرط سائغ كغيره من الشروط السائغة ، والغرض من النكاح غير منحصر في الجماع ولا طلب الولد فإن ^(١) كان هو أعظم غاياته .

بقي الكلام في الأخبار المذكورة ، ولا ريب أن ظاهرها العموم للنكاح الدائم

(١) الصحيح « وإن » ولعله إشتباه وقع من النسخ .

والمنقطع ، إلا أن احتمال الحمل على المنقطع قائم بقريضة ذكر خوف الفضيحة في الرواية الأولى .

و(رابعها) ما ذهب إليه ابن حمزة وهو كقول ابن إدريس في الدائم مع الحكم بصحتها في المنقطع ، قال - على ما نقله عنه في المختلف - : الشرط الذي لا يقتضيه العقد ويخالف الكتاب والسنة يبطل الشرط ، دون العقد ، وهي تسعة : إشتراطها عليه أن لا يتزوج عليها في حياتها وبعدها ولا يتسرى ولا يجامعها إلا في نكاح المتعة . أقول : و وجهه يعلم مما تقدم ، وكيف كان فإن المسألة لما عرفت لا تخلو من شوب الاشكال ، وإن كان الأقرب هو القول الأول ^(١) وينبغي التنبيه على أمرين : الأول : المذكور في كلام الأصحاب في هذا المقام هو اشتراط عدم الاقتضاض ، والظاهر جريان الحكم في الوطء مطلقاً كما تضمنته خبر سماعة ، وحينئذ فيجري فيه الكلام كما في الاقتضاض ، و هل اشتراط عدم التقبيل ونحوه من مقدمات الوطء معه كذلك ؟ قال في شرح القواعد : لم أقف فيه على شيء ، وإلحاقه باشتراط عدم الوطء ليس ببعيد ، وينبغي أن يستوي في ذلك الدوام والمتعة ، إنتهى . وقال في المسالك : ولو اشترط ترك بعض مقدمات الوطء ففي إلحاقه باشتراط تركه وجهان : من مساواته له في المقتضي ، واختصاص الوطء بالنص ، وفي الأول قوة ، لضعف المخصص .

أقول : لا يخفى أن المقتضي لاشتراط عدم الوطء هو خوف الفضيحة كما تضمنته الخبر الأول ، وهذا لا يجري في مقدمات النكاح من تقبيل ونحوه ، ومورد النص هو الوطء خاصة والخروج عنه إلى تلك الأمور قياس لا يوافق أصول المذهب ،

(١) لا اعتضادها بعموم الآية أعني قوله تعالى « أفوا بالعقود » والخبر المستفيض المتقدم الدال على وجوب الوفاء بالشرط والخبرين المذكورين ، وليس لذلك معارض إلا ما يدعونه من منافية الشرط المقصود بالنكاح ، وقد عرفت ما فيه ، ومن هنا إستشكل العلامة في القواعد ، وقد عرفت ضعف المعارض . (منه - قدس سره -) .

وهو قد عمل بمقتضى النص ، و وافق الشيخ في النهاية فيما أفتى به عملاً بالنص المذكور ، وكيف يطعن فيه بالضعف هنا ، وهو قد عمل به في أصل المسألة ؟
الثاني : قد عرفت أنه على القول بصحة شرط عدم الاقتضا فإنه يلزم ولا يجوز له الاقتضا ، فإذا أذنت بعد ذلك ففي جوازه قولان .

(أحدهما) الجواز ، و به قطع الشيخ والمحقق فيما تقدم من عبارتيهما ، وعليه دلّ خبر إسحاق بن عمار ، وعلم أيضاً بأن المنع حق لها فيزول بإذنها إذ الزوجية متحققة .

(ثانيهما) عدمه ، لأن الفروج لا تحلّ بالأذن بل بالعقد ، ولما لم يكن العقد مشعراً للحلّ لم يكن للأذن اعتبار .

واجب عنه بأن السبب في الحلّ هو العقد المتقدم ، لا مجرد الأذن ، غاية الأمر أن الشرط كان مانعاً من عمل السبب عمله ، وبالأذن يرتفع المانع ، و ظاهر المحقق الشيخ علي في شرح القواعد اختيار الثاني محتجاً بما نقلناه ، وأن الرواية ضعيفة ، وفيه ما عرفت من الجواب عما احتجّ به ، و الطعن بضعف الرواية غير مسموع عندنا .

وقال في شرح النافع - بعد ذكر دليل القول الثاني وجوابه - : والمسألة محلّ تردد ، وإن كان القول بالجواز لا يخلو من قرب ، والظاهر أن منشأ التردد عنده ضعف الرواية الدالة على الجواز .

وبالجملة فالعمل على ما دلّ عليه الخبر ، ولا يلتفت إلى هذه التعليقات في مقابلته .

المسألة السادسة : إختلف الأصحاب فيما إذا اشترط أن لا يخرجها من بلدها ، فقيل : يلزم الشرط ، وهو قول الشيخ في النهاية ، قال في الكتاب المذكور : ومتى شرط الرجل لامرأته في حال العقد أن لا يخرجها من بلدها لم يكن له أن يخرجها إلا بإرضائها ، و تبعه على ذلك جمع من الأصحاب منهم ابن حمزة و ابن البرّاج

والعلامة في المختلف والارشاد والشهيد في اللعة وشرح نكت الارشاد ، وظاهر المحقق في الشرايع التوقف فيه ، حيث قال : قيل : يلزم و هو المروي ، فإن نسبته إلى قيل ثم إلى الرواية مما يؤذن بتمريضه و التوقف فيه ، و نحو ذلك عبارة العلامة في القواعد أيضاً .

ويدل عليه صريحاً مارواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن أبي العباس عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يتزوج امرأة ويشترط لها أن لا يخرجها من بلدها ، قال : يفي له بذلك (أو قال :) يلزمه ذلك » .

ومارواه في التهذيب ^(٢) عن علي الميثمي عن ابن أبي عمير « قال : قلت لجميل ابن دراج : رجل تزوج امرأة وشرط لها المقام بها في أهلها أو بلد معلوم ، فقال : قد روى أصحابنا عنهم عليه السلام أن ذلك لها ، وأنه لا يخرجها إذا شرط ذلك لها . ويدل عليه عموماً أيضاً مارواه في التهذيب عن السكوني ^(٣) عن جعفر عن أبيه عليه السلام « أن علياً عليه السلام كان يقول : من شرط لامرأته شرطاً فليف لها به فإن المؤمنين عند شروطهم إلا شرطاً حرم حلالاً أو أحل حراماً » .

ويؤكده أيضاً أن ذلك شرط مقصود للعقلاء ، والأغراض تتعلق باللبث في المنازل والاستيطان في البلدان التي حصل بها الأُنس ، والنشوء بين الأهل ورعاية مصلحتها وذلك أمر مهم ، فجاز اشتراطه لهذه الأغراض الصحيحة المترتبة عليه . وذهب ابن إدريس إلى بطلان الشرط وصحة العقد ، وتبعه عليه جمع منهم المحقق الشيخ علي في شرح القواعد ، ونقل أيضاً عن الشيخ في المبسوط والخلاف

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٢ ح ٢ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٣ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٧ ح ٨٠ لكن عن إسحاق بن عمار وفيه « المسلمين » بدل « المؤمنين » ، الوسائل ج ١٥ ص ٥٠ ح ٤ .

قالوا: لأن الاستمتاع بالزوجة في جميع الأزمنة والأمكنة حق للزوج بأصل الشرع فإذا شرط ما يخالفه بطل.

و أجابوا عن الرواية الأولى حيث إنها هي المتداولة في كلامهم بالحمل على الاستحباب، وفيه أن الحمل على الاستحباب - الذي هو خلاف الظاهر - فرع وجود المعارض الأقوى، والمعارض هنا ليس إلا هذا التعليل، وضعفه ظاهر للمتأمل بعين الانصاف.

فإن فيه (أولاً) إن ما ادعي من كون الاستمتاع في جميع الأزمنة والأمكنة حقاً للزوج إن أريد مع عدم الشرط فهو مسلم ولا يضرنا، وإن أريد ولو مع الشرط فهو محل البحث وعين المتنازع فيه، فالاستدلال به مصادرة محضة.

و (ثانياً) إنه لا يخفى أن الشروط إنما هي بمنزلة الاستثناء في الكلام الذي هو عبارة عن إخراج ما لولا الاستثناء لدخل بمعنى أن مقتضى العقد هو الدخول ولكن بالاشتراط يجب خروجه، ولو كان اشتراط ما يخالف الثابت بالعقد والشرع باطلاً للزم بطلان جميع الشروط المخالفة لمقتضى العقد كاشتراط تأجيل المهر، وإسقاط الخيار في البيع، وانتفاع البائع بالمبيع مدة معينة، وكذا المشتري بالثمن مدة معينة، وهو معلوم البطلان، والمستفاد من الأخبار أن البطلان في الشروط إنما هو باعتبار المخالفة للكتاب والسنة، وهو المشار إليه بقولهم في تلك الأخبار، ومنها الرواية التي قدمناها ما أحل حراماً أو حرم حلالاً، وبذلك يظهر لك ضعف القول المذكور وأنه بمحل من القصور، سيما بعددالة الأخبار الواضحة عليه كما عرفت عموماً وخصوصاً، وينبغي التنبيه على أمور: الأول: قد نقل جملة من الأصحاب منهم المحقق الشيخ علي كما تقدم موافقة مذهب الشيخ في المبسوط والخلاف لما ذهب إليه ابن إدريس من بطلان الشرط، وسحة العقد في صورة اشتراط أن لا يخرجها من بلدها، والموجود في عبارة الشيخ في الكتابين إنما هو اشتراط أن لا يسافر بها، ولهذا اعترضهم في المسالك بأن

عدّ الشيخ من جملة القائلين بالمنع في المسألة كابن إدريس وغيره ليس كذلك ، قال : لأنّ السفر أمر آخر غير الخروج من البلد كما لا يخفى والخروج من البلد قد يصدق من غير السفر ، إنتهى .

أقول : الظاهر أنّ ما استدركه - رحمه الله - على الأصحاب ليس في محله لعدم خطوط هذه التدقيقات - التي جرى عليها هو وغيره من المتأخّرين - ببال الشيخ ، وذكره عدم السفر إنّما أراد به عدم الخروج تجوزاً على الغالب من أنّ الخروج عن البلد لأجل الاستيطان إنّما يكون بالسفر

الثاني : قد صرح في المسالك وغيره في غيره بأنّه على تقدير القول بصحة الشرط هنا ، فهل يتعدى الحكم إلى شرط أن لا يخرجها من منزلها ومن محلّها أم لا ؟ وجهان ، من مشاركتة النصوص في الحكمة الباعثة على الحكم وعموم الأدلة الأخرى ، ومن عدم النصّ وبطلان القياس . وقطع الشهيد في اللعة بالأول ، واختاره السيّد السند في شرح النافع ، وقواه جده في المسالك .

وبالثاني صرح المحقق الشيخ علي في شرح القواعد معللاً له بأنّ اشتراط ذلك على خلاف الأصل لما قلناه من أنّ سلطنة إسكان الزوجة بيد الزوج ، فيقتصر فيه على مورد النص ، قال : والأصحّ عدم التعدي .

أقول : لا يخفى أنّ كلام كل من هذين القائلين وما اعتمد عليه في البين مبنيّ على أنّه ليس في المسألة إلاّ صحيحة أبي العباس المذكورة التي موردها الإخراج من البلد ، فإنّها هي المتداولة في كلامهم ، والجارية في هذا المقام على رؤوس أقلامهم ، وأمّا على ما قلناه من الخبرين الأخيرين فإنّه لا إشكال في صحة التعدي إلى ما ذكره من هذه المواضع .

فإنّ (الأولى) منهما دلّت على أنّه لو شرط لها المقام في أهلها أو بلد معلوم وجب عليه الوفاء به ، والأول منهما هو ما ذكره من أنّه شرط لها أن لا يخرجها من منزلها . و (الثانية) منهما قد دلّت على أنّ من شرط لامرأته شرطاً فليف به ،

و علّله بالخبر المستفيض ، ولا ريب أن المفروض هنا من قبيل ذلك ، و حينئذٍ فالواجب هو الاستدلال بما ذكرناه من الأخبار ، و لا يحتاج إلى ما بنوه عليه ، و وقعوا به بسببه في التردد من تلك الوجوه ، إلا أنهم لعدم الاطلاع على هذه الأخبار في عذر مما أوردناه عليهم ، ثم إنه مع قطع النظر عن هذين الخبرين فالرجوع إلى ما ذكره من التعليقات ، فالظاهر تعدى الحكم إلى هذه المذكورات عملاً بعموم الأدلة الدالة على وجوب الوفاء بالشرط إلا ما استثنى ، و ليس هذا منه ، و به يندفع ما قيل من أنه قياس ، فإن العمل كما يجب بالأدلة الخاصة كذلك بالعمومات مع عدم التخصيص ، و ما استند إليه المحقق الشيخ علي من أن سلطنة إسكان الزوجة بيد الزوج قد عرفت الجواب عنه آنفاً .

الثالث : هل يسقط هذا الشرط بإسقاطه بعد العقد ؟ قيل : لا ، لأن الذي يعقل سقوطه بالإسقاط هو الحق الثابت واستحقاق السكنى يتجدد بتجدد الزمان ، فلا يسقط بالإسقاط كالنفقة ، و يحتمل السقوط كما في إسقاط الخيار ، و هبة مدة المتمتع بها ، و توقف لذلك السيد السند في شرح النافع .

أقول : لا ريب أن الشرط المذكور هو أن لا يخرجها من البلد ، و إسقاطه هو الرضاء بالخروج ، ولا ريب في أنه مع الرضاء بالخروج مع طلب الزوج ذلك ، فإن الواجب شرعاً هو الخروج لوجوب طاعته بمقتضى الأدلة ، و لامعارض لها هنا مع رضاها ، ولو تم ما ذكره من عدم السقوط بإسقاطها الشرط المذكور لكان لها التخلف عن طاعته بغير عذر شرعي ، وهو باطل ، والظاهر أن ما ذكره من عدم السقوط بالإسقاط إنما هو بالنسبة إلى الحق المالي الذي يتجدد بتجدد الزمان كنفقة الزوجة مثلاً ، لا مطلق الحق ، والحق الذي لها هنا هو عدم الخروج ومتابعته فيه لا السكنى كما ذكره ، فإذا أسقطت حقها ورضيت بالخروج سقط ووجب عليها الخروج مع طلب الزوج ذلك .

المسألة السابعة : لو شرط لها مائة دينار إن خرجت معه ، و خمسين إن

لم تخرج معه ، فإن أخرجها إلى بلد الشرك يبطل شرطه و لزمته المائة ، وإن أخرجها إلى بلاد الاسلام لزم الشرط .

و المستند في هذا الحكم ما رواه الكليني ^(١) في الحسن عن علي بن رثاب عن أبي الحسن موسى عليه السلام قال: سئل وأنا حاضر عن رجل تزوج امرأة على مائة دينار على أن تخرج معه إلى بلاده ، فإن لم تخرج معه فمهرها خمسون ديناراً ، أرأيت إن لم تخرج معه إلى بلاده ؟ قال : فقال: إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك فلا شرط له عليها في ذلك ، ولها مائة دينار التي أصدقها إياها ، وإن أراد أن يخرج بها إلى بلاد المسلمين ودار الاسلام فله ما اشترط عليها ، والمسلمون عند شروطهم ، وليس له أن يخرج بها إلى بلاده حتى يؤدي إليها صداقها ، أو ترضى من ذلك بما رضيت وهو جائز له .

أقول : لا ريب أن هذه المسألة من فروع المسألة السابقة ، فكل من منع من صحة هذا الشرط ثمة كابن إدريس ومن تبعه منع من الصحة هنا ، وإن صح العقد .

ومن جوز الشرط و قال بصحته ثمة ، فبعض منهم قالوا بذلك هنا أيضاً ، وبعض توقف وتنظر هنا .

ومن الأدلين الشيخ في النهاية وجماعة منهم العلامة في أكثر كتبه ، والمحقق في النافع عملاً بالخبر المذكور وعموم الأمر بالوفاء بالشروط .
ومن الآخرين المحقق في الشرايع فإنه حكم بالصحة في المسألة الاولى ، وتردد في هذه المسألة .

ثم إن قوله عليه السلام في الجواب « إن أراد أن يخرج بها إلى بلاد الشرك ، إلى آخره معناه أنه لما اشترط عليها أن يخرج إلى بلاده ، وهو أعم من أن يكون بلاد الاسلام أو بلاد الشرك أراد عليه السلام إيضاح الحكم بالنسبة إلى كل

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٩ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩

من الفردين ، فقال : إن كان بلاده التي شرط الخروج إليها بلاد الشرك فإنه لا شرط له عليها في ذلك ، بمعنى أن شرطه باطل ، والوجه فيه ظاهر ، لما في الإقامة في بلاد الشرك من الضرر بالمسلم في دينه ، فلا يجب عليها إطاعته ، وكان لها مجموع المائة الدينار التي أصدقها إياها ، وإن كان بلاده بلاد الاسلام فله ما اشترط عليها ، بمعنى أنه يجب عليها متابعتها والوفاء بما شرطه عليها من الخروج إلى بلاده ، لدخوله في الحديث المشهور^(١) « المسلمون عند شروطهم » .

بقي هنا شيء ، وهو أنه قد طعن جملة من الأصحاب في متن هذه الرواية بمخالفتها لمقتضى الأصول في مواضع :

(أحدها) مجهولية المهر وعدم تعيينه ، حيث جعله مائة على تقدير ، وخمسين على تقدير .

و (ثانيها) إنه أوجب فيها مائة دينار على تقدير إرادة الخروج بها إلى بلاد الشرك ، وإنه لا شرط له عليها ، بمعنى أنه لا يجب عليها الخروج معه مع أنه خلاف الشرط الذي وقع العقد عليه ، لأن استحقاق المائة إنما وقع على تقدير الخروج معه إلى بلاده كائنة ما كانت ، فكيف تستحق المائة مع عدم الخروج؟ (وثالثها) الحكم بعدم جواز إخراجها إلى بلاده - وإن كانت دار الاسلام - إلا بعد أن يعطيها المهر الشامل لما لو كان ذلك قبل الدخول وبعده ، مع أنه بعد الدخول لا يجوز لها الامتناع عند أكثر الأصحاب ، كما تقدم على أنه لا يجب عليه إعطاء المهر مطلقاً من دون أن تطلبه ، مع أنه قد حكم في الرواية بعدم جواز خروجه بها إلا بعد أن يؤدي صداقها ، ولولم تطلبه ، وربما كان منشأ تردد المحقق كما قدمنا نقله عنه من هذه المخالفات التي اشتملت عليها الرواية ، وظاهر المحقق الشيخ علي في شرح القواعد بناءً على مذهبه في المسألة السابقة

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٤ ح ٩٠٨ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٣ ح ٧٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٩ ح ٢ .

من موافقة ابن إدريس في بطلان الشرط ، ردّ الرواية هنا بما اشتملت عليه من هذه المخالفات مضافاً إلى ما اعتمد من المخالفات التي ذكرها في تلك المسألة .

قال في المسالك : والذي يوافق الأصل بطلان الشرط المذكور لما ذكرناه ، وبطلان المهر لكونه غير معين ، وصحة العقد لعدم ارتباطه به كما سلف في نظائره ، ولعدم القائل ببطلانه ، وإن كان محتملاً ، وعلى هذا فيثبت لها مهر المثل لكونه مجهولاً ابتداءً ، ثم أورد على نفسه جملة من الاشكالات في المقام . إلى أن قال : ولو عملنا بالرواية لجودة سندها كان حسناً ، وسلمنا من هذا الاشكال ، ثم ذكر الاعتذار عن تلك المخالفات .

وقال سبطه السيد السند في شرح النافع : والحق أنه إن بلغت الرواية من حيث السند حداً يجب معه العمل بها ، وجب المصير إلى ما تضمنته من الأحكام ، إذ ليس فيها ما يتخالف دليلاً قطعياً وإلا وجب ردّها والرجوع إلى مقتضى الأصول المقررة ، وهو بطلان المسمى إن قدح فيه مثل هذه الجهالة ، والرجوع إلى مهر المثل أو بطلان العقد من رأس ، لعدم الرضاء به دون الشرط ، انتهى .

أقول : وكلامه هنا كلام متردد ومتوقف ، ولعله من حيث إن الرواية ليست من قسم الصحيح باصطلاحهم ، وإنما هي من الحسن ، وكلامه فيه لا يخلو من اضطراب مع أن حسنيتها إنما هو إبراهيم بن هاشم الذي لارادّ لحديثه ، بل عده في الصحيح جملة من أرباب هذا الاصطلاح .

ثم إنه لا يخفى أنه قد تقدم في غير موضع من هذا الكتاب في كتب المعاملات ممّا لا يكاد يحصى كثرة من ورود الأحاديث على خلاف قواعدهم المقررة وضوابطهم المعتمدة واضطراب كلامهم في ذلك ، فما بين أن يعملوا بالأخبار في بعض تلك المواضع ، ويغمضون النظر عن تلك القواعد ، وما بين أن يردوا النصوص وقوفاً على تلك القواعد ، وما بين أن يتكلفوا الجمع بين الجميع .

والحق هو الوقوف على ما وردت به الأخبار كما قدمنا في غير موضع على

أن المخالفة الأولى مدفوعة بما تقدم في كتاب البيع^(١) من الأخبار الدالة على صحة البيع مع التردد في الثمن بين كونه نسيه بكذا وكذا ونقداً بكذا وكذا، وقد ذكرنا ثمة صحة ذلك كما دلت عليه الأخبار وإن كان خلاف قواعدهم، وقد صرحوا أيضاً بالصحة فيما لو قال: إن خطته كذا فلك كذا، وإن خطته كذا فلك كذا، وهذا كله مما يؤيد الصحة هنا مع أنه قد تقدم النقل عنهم بالاكتفاء في المهر بالمشاهدة عن الكيل والوزن فيما يشترط فيه الكيل والوزن نظراً إلى أن مثل هذه الجهالة غير مؤثرة في بطلان المهر، لأنه ليس على أحد المعاضات المشتركة فيها المعلوماتية من كل وجه، وقد تقدم في المسألة الرابعة من البحث الأول من المقصد الثاني في المهور ما فيه مزيد تأييد لما ذكرناه وتأكيده لما سطرناه، وبالجمله فالعمل على ما دل عليه الخبر في المقام، وهكذا في غير هذا من الأحكام، والله العالم.

المسألة الثامنة: المشهور بين الأصحاب بطلان النكاح بشرط الخيار، وبه قطع الشيخ في المبسوط وغيره من المتأخرين، وعللوه بأن النكاح ليس من عقود المعاوضات القابلة لخيار الشرط، بل فيه شائبة العبادة، فالشرط يخرج عنه وضعه، وحينئذ فيبطل الشرط، وأما بطلان العقد فلأن التراضي لم يقع على العقد لإمقترناً بالشرط المذكور، وإذا لم يتم الشرط لم يصح العقد مجرداً لعدم القصد إليه كذلك، وصحة العقود مترتبة على القصد، فليس إلا الحكم بيبطلانها معاً وصحتها معاً، لكن لا سبيل إلى الثاني، لمنافاته وضع النكاح كما عرفت، فتعين الأول، قال في المسالك: وهذا هو الأقوى.

أقول: مبني هذا الاستدلال على ثبوت هذه القاعدة التي تكررت في كلامهم، وهي أن العقود بالقصد، والقصد هنا إنما توجه للعقد المقرون بذلك الشرط، وحينئذ فيبطل مع بطلان الشرط، لعدم القصد المذكور، وفيه ما نبهنا

(١) ج ١٩ ص ١٢٢.

عليه في غير موضع مما تقدم من أن الأخبار الواردة في هذا المضمار تدفع هذه القاعدة ، و تبطل ما يترتب عليها من الفائدة لتكاثرها بصحة العقد مع بطلان الشرط في غير موضع من الأحكام .

وبذلك يظهر لك قوة ما ذهب إليه ابن إدريس في هذه المسألة من صحة العقد وبطلان الشرط ، و وجهه ما أشار إليه من وجود المقتضى لصحة العقد ، وهو اجتماع شرائط الصحة فيه ، لأنه الفرض ، وانتفاع المانع إذ ليس إلا اشتراط الخيار فيه و إذا كان العقد غير قابل للخيار لنفي شرطه ، و عمل بمقتضى العقد لأصالة الصحة ، و عموم « أفروا بالعقود » ^(١) كما لو اقترن بغيره من الشرائط الفاسدة ، فإن كل واحد من العقد والشرط أمر منفك عن الآخر ، فلا يلزم من بطلان أحدهما بطلان الآخر ، وبالعكس في ذلك فقال : إنه لا دليل على البطلان من كتاب ولا سنة ولا إجماع ، بل الإجماع على الصحة لأنه لم يذهب إلى البطلان أحد من أصحابنا ، وإنما هو تخريج المخالفين وفروعه ، إختاره الشيخ على عادته في الكتاب . انتهى ، وهو جيد لما عرفت .

وأما اشتراط الخيار في الصداق فالظاهر أنه لا مانع من صحته و قد تقدم تحقيق القول في هذه المسألة بكلا فريدها في المسألة السادسة من الفصل الأول في العقد .

المسألة التاسعة : المشهور بين الأصحاب أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد ، وإن كان الملك كاملاً لا يستقر إلا بالدخول ، فلو طلقها قبل الدخول رجع عليها بنصفه إن كان قد دفعه إليها ، وخالف في ذلك ابن الجنيدي ، فقال : الذي يوجب العقد من المهر المسمى النصف ، والذي يوجب النصف الثاني من المهر بعد الذي وجب بالعقد منه هو الوقاع ، أو ما قام مقامه من تسليم المرأة نفسها لذلك .

(١) سورة المائدة - آية ١ .

إحتج من ذهب إلى الأول بقوله عز وجل «وآتوا النساء صدقاتهن نحلة»^(١) حيث أضاف الصداق إليهن ، ولم يفرق بين قبل الدخول وبعده ، وأمر أيضاً بإيتائهن ذلك ، فثبت أن الكل لهن ، وأن الصداق عوض البضع ، فإذا ملك الزوج البضع بالعقد وجب أن تملك المرأة عوضه لأن ذلك مقتضى المعاوضة ، وهذا الوجه من حيث الاعتبار جيد .

ويدل على ذلك أيضاً موثقة عبيد بن زرارة المروية في الكافي^(٢) ، وكذا موثقته المروية في التهذيب^(٣) وقد تقدمنا في المسألة الثالثة ، و تقدم القول في تقريب الاستدلال بهما ، ويدل على ذلك أيضاً الأخبار الآتية إن شاء الله في مسألة موت أحد الزوجين قبل الدخول الدالة على أن الزوجة المتوفى عنها زوجها قبل الدخول تستحق المهر كاملاً .

ومنها صحيحة منصور بن حازم^(٤) قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يدخل بها ، قال : لها صداقها كاملاً و ترثه وتعتد أربعة أشهر وعشراً كعدة المتوفى عنها زوجها .

و التقريب فيها أنه لو كان الأمر كما يدعيه ابن الجنيد من أنها لا تملك بالعقد إلا النصف ، والنصف الآخر إنما تملكه بالدخول والتمكين لما حكم عليه بأن الصداق بعد الموت لها كاملاً ، إلا أنه قد تقدم في المسألة المشار إليها دلالة رواية أبي بصير على ما ذهب ابن الجنيد بالتقريب الذي ذكرناه ثمة ، و من أجل ذلك بقي الاشكال في المسألة ، و العلامة في المختلف إحتج لابن الجنيد بأنه لو ملكت بالعقد لاستقر ولم يزل عن ملكها إلا بسبب ناقل كبيع ونحوه .

(١) سورة النساء - آية ٣ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٨٣ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٤ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٣٥٩ ح ٢٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ١٤ ح ٤ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٣ .

و مارواه يونس بن يعقوب ^(١) عن الصادق عليه السلام قال : لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج .
و عن محمد بن مسلم ^(٢) عن الباقر عليه السلام قال : سألته متى يجب المهر ؟ قال :
إذا دخل بها .

قال : و هو يقتضي عدم الوجوب مع عدم الدخول ، ثم رده بما ملخصه :
منع الملازمة في الأول ، فإن الوجوب أعم من الاستقرار ، ولأن المتبادر من
الوجوب اللزوم ، والاستقرار وانتفاؤه قبل الدخول لا يقتضي إنتفاء أصل الملك .
وبالجملة فإن محل الاشكال إنما هو باعتبار دلالة ظاهر رواية أبي بصير
المذكورة على ما ادعاه ، وما اجيب به عنها قد عرفت ما فيه مما قدمناه في تلك
المسألة ، ولا يحضرني الآن وجه تحمل عليه .

ثم إن مما يتفرع على الخلاف المذكور جواز التصرف لها في المهر قبل
القبض وعدمه ، فمتى قلنا بملكها له بمجرد العقد فإنه يجوز لها التصرف فيه
قبل القبض وبعده عملاً بالخبر المشهور عنه عليه السلام ^(٣) والناس مسلطون على أموالهم ،
وقضية التسلط جواز التصرف .

ونقل عن الشيخ في الخلاف أنه منع منه قبل القبض استناداً إلى ما روي
عنه عليه السلام ^(٤) أنه نهى عن بيع مالم يقبض ، وبأن تصرفها بعد القبض جائز بالاجماع ،
ولادليل على جوازه قبله ، وضعفه أظهر من أن يخفى .

أما (أولاً) فلأن النهي في الخبر على إطلاقه ممنوع ، و مورد إتمامه هو
النهي عن بيع ما اشتراه قبل قبضه لا مطلقاً ، سلمنا ، لكن لا يلزم من النهي عن
بيعه النهي عن مطلق التصرف الذي هو المدعى ، لأن نفي الأخص لا يستلزم نفي الأعم .
وأما (ثانياً) فإنه يمكن حمل النهي على الكراهة جمعاً .

(١) و (٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٦٤ ح ٦٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٦ ح ٧٦ .

(٣) البحار ج ٢ ص ٢٧٢ ح ٧ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٢٣١ ح ٢٦ ، الوسائل ج ١٢ ص ٣٨٢ ح ٦ .

وأما (ثالثاً) فلأن " نفي الدلالة على جواز التصرف فيه قبل القبض ممنوع ، وسند المنع قد عرفته ، والدليل لا ينحصر في الإجماع .

وأما (رابعاً) فإنه قد اعترف قبل هذا الكلام - في الكتاب المذكور كما نقله عنه في المختلف - بأن المرأة تملك الصداق بالعقد ، وهو في ضمان الزوج إن تلف قبل القبض ، وهو ظاهر المناقضة لما ذكره ، وبالجمله فإن " كلامه هنا عليل لا يلتفت إليه ولا يعول عليه .

المسألة العاشرة : قد عرفت أن " الأشهر الأظهر هو وجوب المهر كمالاً بمجرد العقد ، إلا أنه لا يستقر " إلا بالدخول ، وأنه لا خلاف نصاً وفتوى في استقراره بالدخول . وعليه تدل " الأخبار المستفيضة ، وقد تقدم شطر منها في المسألة الثانية من هذا البحث ، وأنه ينتصف بالطلاق قبل الدخول من غير خلاف ، كما دلت عليه الأخبار ، وقد تقدم الكلام في ذلك في المسألة الثالثة .

بقي الكلام هنا في حكم المهر مع موت أحد الزوجين قبل الدخول ، وأنه هل ينتصف المهر بذلك أم لا ؟

والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من كلامهم ، ثم نقل الأخبار الواردة في المقام ، والكلام فيها بما يستر الله تعالى فهمه بين كة أهل الذكر والمسلمون .

فنقول : قال الشيخ في النهاية : ومتى مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها وجب على ورثته أن يعطوا المرأة المهر كاملاً ، ويستحب " لها أن تترك نصف المهر ، فإن لم تفعل كان لها المهر كله . وإن ماتت المرأة قبل الدخول بها كان لأوليائها نصف المهر ، وتبعه ابن البر " آج في الكامل ، وقال في المهذب : لورثتها المطالبة بالمهر ، وقطب الدين الكيدري تابع الشيخ أيضاً ، وقال ابن حمزة : يلزم المهر المعين بنفس العقد ، ويستقر " بأحد ثلاثة أشياء بالدخول والموت وارتداد الزوج ^(١) .

(١) أي إرتلاذه عن فطرة . وينحو هذه العبارة عبر الشهيد الثاني في الروضة ، فقال : ويستقر بأحد أمور أربعة : الدخول إجماعاً ، وردة الزوج عن فطرة وموته في الأشهر . إنهى ، والظاهر أن الوجه في استقراره بالردة هو ثبوت المهر عليه بالعقد ، فيجب الحكم بإستمراره

وقال ابن إدريس : متى مات أحد الزوجين قبل الدخول استقرَّ جميع المهر كاملاً ، لأنَّ الموت عند محصلي أصحابنا يجري مجرى الدخول في استقرار المهر جميعه ، وهو اختيار شيخنا المفيد في أحكام النساء ، وهو الصحيح لأننا قد بيننا بغير خلاف بيننا أنَّ بالعقد تستحق المرأة جميع المهر المسمي ، ويسقط بالطلاق قبل الدخول نصفه ، والطلاق غير حاصل إذا مات ، فيقينا على ما كنّا عليه من استحقاقه فمن ادعى سقوط شيء منه يحتاج إلى دليل ، ولادليل على ذلك من إجماع ، لأنَّ أصحابنا مختلفون في ذلك ، ولامن كتاب الله تعالى ، ولاتواتر أخبار ولادليل عقلي ، بل الكتاب قاض بما قلناه ، والعقل حاكم بما اخترناه ، ثمَّ نسب كلام الشيخ في النهاية إلى أنَّها أخبار آحاد أو ردها إيراداً لا اعتقاداً ، فلارجوع عن الأدلة القاهرة اللائحة ، والبراهين الواضحة بأخبار الآحاد التي لا توجب علماً ولا عملاً .

قال في المختلف : وقول ابن إدريس قوي ، ثمَّ قال في المختلف : تذييب : لومات الزوج قبل الدخول وجب لها المهر كاملاً كما نقلناه في صدر المسألة . وقال الصدوق في المقنعة : وفي حديث آخر إن لم يكن دخل بها وقد فرض لها مهرأ فلها نصفه ، ولها الميراث و عليها العدة ، وهو الذي أعتمدته وأفتي به ، والوجه الأول لما تقدم ، إنتهى .

أقول : ظاهر كلامه أنَّه لا يخالف في وجوب المهر كاملاً بموت الزوج إلاَّ الصدوق في المقنعة ، وقد اقتفاه في نقل هذا القول من تأخر عنه ، والذي وقفت عليه في كتاب المقنعة لا يساعد ما ذكره ، بل ظاهره أنَّما هو موافقة القول المشهور . وهذه صورة عبارته في النسخة التي عندي : والمتوفى عنها زوجها التي لم يدخل بها ، إن كان فرض لها صداقاً فلها صداقها الذي فرض لها ، ولها الميراث وعدتها أربعة أشهر وعشراً ، كعدة التي دخل بها . وإن لم يكن فرض لها مهرأ

الى أن يعلم وجود المسقط ، ولم يثبت أن الردة توجب السقوط .

(منه - قدس سره -) .

فلامهر لها ، وعليها العدة ولها الميراث . وفي حديث آخر إن لم يكن دخل بها
وقد فرض لها مهرأ فلها نصفه ولها الميراث وعليها العدة .

هذه صورة ما في الكتاب والظاهر منه هو الفتوى بما ذكره أولاً من وجوب
المهر كمالاً ، والقول بالنصف إنما نسبه إلى الرواية مؤذناً بضعفه أو التوقف فيه ،
كما هو الجاري في عبارات غيره ، فقوله « وهو الذي أعتمدته وأفتي به » يعني القول
بالتنصيف لأعرس له وجهاً ، وهذه عبارته كما عرفت ، ولا يحضرني الآن نسخة أخرى
من الكتاب المذكور ، فليتأمل في ذلك .

هذا وأما روايات المسألة فمنها ما رواه في الكافي والتهذيب^(١) في الصحيح عن
عبد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام « في الرجل يموت وتحت امرأته لم يدخل بها ، قال :
لها نصف المهر ولها الميراث كمالاً وعليها العدة كاملة » .

ومارواه في التهذيب^(٢) عن عبيد بن زرارة في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله
عليه السلام عن رجل تزوج امرأة ولم يدخل بها ، قال : إن هلك أو هلك أوطلقها ولم
يدخل بها فلها النصف وعليها العدة كمالاً ولها الميراث » .

و مارواه في الكافي^(٣) عن عبد الرحمن بن حجاج في الصحيح عن رجل عن
علي بن الحسين عليه السلام « أنه قال في المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها : أن لها
نصف الصداق ولها الميراث وعليها العدة » .

و مارواه في الكافي والتهذيب^(٤) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ١ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧١
ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ٩٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣
ح ٣ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٣ وج ٧ ص ١٣٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٥ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٤ ح ١٠٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢
ح ٦ .

عبدالله عليه السلام قال : إن لم يكن دخل بها و قد فرض لها مهرأ فلها نصف ما فرض
ولها الميراث وعليها العدة .

وعن زرارة ^(١) في الصحيح : قال : سألت عن المرأة تموت قبل أن يدخل
بها أو يموت الزوج قبل أن يدخل بها ؟ فقال أيهما مات فللمرأة نصف ما فرض
لها ، وإن لم يكن فرض لها ، فللمهر لها .

وما رواه في الكافي ^(٢) عن ابن أبي يعفور عن أبي عبدالله عليه السلام أنه قال في
امرأة توفيت قبل أن يدخل بها ، مالها من المهر ؟ وكيف ميراثها ؟ فقال : إذا
كان قد فرض لها صداقاً فلها نصف المهر ، وهو ميراثها ، وإن لم يكن فرض لها صداقاً
فلا صداق لها . وقال في رجل توفى قبل أن يدخل بامرأته ، قال : إن كان فرض
لها مهرأ فلها نصف المهر ، وهي ترثه ، وإن لم يكن فرض لها مهرأ فللمهر لها .
ورواه في التهذيب ^(٣) في الصحيح مثله إلى قوله « فلا صداق لها » .

وما رواه في الكافي والتهذيب ^(٤) عن عبيد بن زرارة وأبي العباس « قال : قلنا
لأبي عبدالله عليه السلام : ما تقول في رجل تزوج امرأة ثم مات عنها وقد فرض لها الصداق ؟
فقال : لها نصف الصداق وترثه من كل شيء ، وإن ماتت فهو كذلك » .

وعن عبيد بن زرارة ^(٥) عن أبي عبدالله عليه السلام « في المتوفى عنها زوجها ولم
يدخل بها ، قال : هي بمنزلة المطلقة التي لم يدخل بها ، إن كان سمى لها مهرأ
فلها نصفه » الحديث .

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٥ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣
ح ٧ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١١٨ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٨ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١٠٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣ ح ٨ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٧ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٣
ح ٩ .

(٥) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١١ .

وعن الصيقل وأبي العباس^(١) في الموثق عن أبي عبد الله عليه السلام « في المرأة يموت عنها زوجها قبل أن يدخل بها ، قال : لها نصف المهر » . الحديث .
ومارواه في الكافي والفقيه^(٢) عن عبيد بن زرارة في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن امرأة هلك زوجها ولم يدخل بها ، قال : لها الميراث وعليها العدة كاملة ، وإن سمى لها مهراً فلها نصفه ، وإن لم يكن سمى لها مهراً ، فلا شيء لها » .

ومارواه في الفقيه^(٣) في الصحيح عن الحسن بن محبوب عن العلا عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام « قال سألته عن الرجل يتزوج المرأة ثم يموت قبل أن يدخل بها ، فقال : لها الميراث - إلى أن قال : - وإن كان سمى لها مهراً يعني صداقاً فلها نصفه » الحديث .

وما رواه في التهذيب^(٤) عن الشحام عن أبي عبد الله عليه السلام « في رجل تزوج امرأة ولم يسم لها مهراً فمات قبل أن يدخل بها ، قال : هي بمنزلة المطلقة » .
هذا ما وقفت عليه من أخبار التنصيف في موت الزوج .

وأما الأخبار الدالة على الجميع فمنها :

مارواه في التهذيب^(٥) عن سليمان بن خالد « قال : سألته عن المتوفى عنها زوجها ولم يدخل بها ، فقال : إن كان فرض لها مهراً فلها مهرها وعليها العدة ولها الميراث وعدتها أربعة أشهر وعشراً ، وإن لم يكن قد فرض لها مهراً فليس لها مهر ، ولها

(١) الكافي ج ٦ ص ١١٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٢٠ ح ١١ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٢ ح ٤ .

(٣) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٩ ب ١٥٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٩ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٥٨ ح ٤٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٨ ح ٤ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٠١ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ح ٢٠ .

الميراث وعليها العدة .

و عن الكنانى ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا توفي الرجل عن امرأته ولم يدخل بها فلها المهر كله إن كان سمى لها مهرأ وسهمها من الميراث ، وإن لم يكن سمى لها مهرأ لم يكن لها مهر وكان لها الميراث .

و عن الحلبي ^(٢) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام قال في المتوفى عنها زوجها إذا لم يدخل بها : إن كان فرض لها مهرأ فلها مهرها الذي فرض لها ولها الميراث ، الحديث .

ورواه بسند آخر عن زرارة مثله ^(٣) .

و عن منصور بن حازم ^(٤) في الصحيح قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يتزوج المرأة فيموت عنها قبل أن يدخل بها ، قال : لها صداقها كاملاً وقرئته ، الحديث .

وعن منصور بن حازم ^(٥) قال : قلت لأبي عبد الله عليه السلام : رجل تزوج امرأة وسمى لها صداقاً ، ثم مات عنها ولم يدخل بها ، قال : لها المهر كاملاً ولها الميراث ، قلت : فإنهم رددوا عنك أن لها نصف المهر ، قال : لا يحفظون عني إنما ذلك في المطلقة .

أقول : هذا ما حضرني من أخبار المسألة ، وهي كما ترى إنما اختلفت بالنسبة إلى موت الرجل وأكثرها قد دل على التنصيف .

وأما بالنسبة إلى موت المرأة فهي متفقة على التنصيف ، وليس في شيء منها

(١) التهذيب ج ٨ ص ١٤٥ ح ١٠٢ مع إختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢١ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢ .

(٣) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٢ .

(٤) التهذيب ج ٨ ص ١٤٦ ح ١٠٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٦ ح ٢٣ .

(٥) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٤ .

دلالة على استحقاق ورثتها لجميع المهر ، وبذلك يظهر لك ضعف قول من ذهب إلى وجوب الجميع في هذه الصورة ، ولأعرف لهم مستندة في وجوب ذلك إلا وجوب المهر بأصل العقد كما هو ظاهر كلام ابن إدريس فيستصحب الحكم المذكور . وفيه أنهم قد خرجوا عن ذلك في الطلاق بورود الأخبار الدالة على التنصيف ، والأخبار هنا أيضاً قد اتفقت على التنصيف بغير معارض ، فيجب الخروج بها عن حكم الاستصحاب المذكور .

ولهذا قال الشيخ - رحمه الله - في التهذيب : على أن الذي أختره وأفتي هو أن أقول : إذا مات الرجل عن زوجته قبل الدخول بها كان لها المهر كله ، وإن ماتت هي كان لأوليائها نصف المهر ، وإنما فصلت هذا التفصيل ، لأن جميع الأخبار التي قدمناها في وجوب المهر فإنها تتضمن إذا مات الزوج ، وليس في شيء منها أنها إذا ماتت هي كان لأوليائها المهر كاملاً ، وأنا لأتمدى الأخبار . وأما ما عارضها من التسوية بين موت كل واحد منهما في وجوب نصف المهر فمحمول على الاستصحاب الذي قدمناه . وأما الأخبار التي تتضمن أنه إذا ماتت كان لأوليائها نصف المهر ، فمحمولة على ظاهرها ولست أحتاج إلى تأويلها ، وهذا المذهب أسلم لتأويل الأخبار إنتهى كلامه .

أقول : أما ما ذكره بالنسبة إلى موت الزوجة فجيد لما عرفته . وأما بالنسبة إلى موت الزوج من أن الواجب هو الجميع فمحل إشكال ، وإن كان هو المشهور في كلامهم ، إلا أن ظاهر صاحب الكافي والفقيه هو القول بالتنصيف حيث إنهما اقتصرا في نقل أخبار المسألة على أخبار التنصيف ، ولم ينقل شيئاً من أخبار وجوب الجميع ، وإلى هذا يعيل كلام المحدثين الفاضل المحسن الكاشاني في الوافي ، والشيخ محمد بن الحسن الحر العاملي في الوسائل ، وإلى ذلك أيضاً يعيل كلام السيد السند في شرح النافع بعد الاشكال في المقام ، وهو الأقرب عندي . أما (أولاً) فلتكاثر الأخبار بالتنصيف كما عرفت منها ما نقلناه ، ومنها ما لم

تنقله ممّا ورد في مواضع من الأحكام .

منهما مارواه في الفقيه^(١) عن الحسن بن محبوب عن جميل بن صالح في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في اختين اهديتا إلى أخوين - ثم ساق الحديث إلى أن قال :- فإن ماتتا؟ قال: يرجع الزوجان بنصف الصداق على ورثتهما ، ويرثهما الزوجان ، قيل : فإن مات الزوجان ؟ قال : ترثانهما ولهما نصف الصداق .

وعن عبد العزيز بن المهدي عن عبيد بن زرارة^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في الرجل يزوج ابنه يتيمة في حجره ، وابنه مدرك واليتيمة غير مدركة ، قال : تكاحه جائز على ابنه ، فإن مات عزل ميراثها منه حتى تدرك ، فإذا أدركت حلفت بالله مادعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالنكاح ، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر ، الحديث . وفي صحيح أبي عبيدة الحذاء^(٣) وقد تقدم : قال : سألت أبا جعفر عليه السلام عن غلام وجارية زوجتهما وليّان لهما وهما غير مدركين - إلى أن قال :- قلت : فإن الرجل أدرك قبل الجارية ورضي بالنكاح ثم مات قبل أن تدرك الجارية ، أثره؟ قال : نعم يعزل ميراثها منه حتى تدرك فتحلف بالله مادعاها إلى أخذ الميراث إلا رضاها بالتزويج ، ثم يدفع إليها الميراث ونصف المهر ، الحديث .

وفي حديث زرارة^(٤) عن أبي جعفر عليه السلام في جارية لم تدرك لا يجمع مثلها أو رتقاء - إلى أن قال :- قلت : فإن مات الزوج عنهن قبل أن يطلق؟ قال : لها

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٧ ح ١١ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٣٤ ح ٤١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٧ ح ٥٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٦ ح ٢ .

(٢) الفقيه ج ٤ ص ٢٢٧ ح ٢ وفيه « عبد العزيز العبدي » ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٤ ح ١٤ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧١ ح ٢ و ج ١٧ ص ٥٢٧ ح ١ .

(٤) الكافي ج ٦ ص ١٠٧ ح ٥ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٦٥ ح ٧٤ مع اختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٠ ح ١ .

الميراث و نصف الصداق وعليهنّ العدة .

وفي حديث عبدالله بن بكير^(١) عن بعض أصحابنا عن أبي عبدالله عليه السلام وفي رجل أرسل يخطب عليه امرأة وهو غائب فأفكحوا الغائب و فرضوا الصداق ، ثم جاء خبره أنه نوقى بعد ماسبق الصداق لها ، قال : إن كان أملك بعد ما توفى فليس لها صداق ولا ميراث ، وإن كان أملك قبل أن يتوفى فلها نصف الصداق وهي وارثة وعليها العدة .

ويؤيده مفهوم الروايات الكثيرة الدالة على أنه لا يوجب المهر إلا الوقاع في الفرج ، وإذا أدخله وجب الجلد والغسل والمهر ، ونحو ذلك من العبارات . وأنت خير بأن أخبار المهر كمالاً ، وهي الأربع الروايات المتقدمة لا تبلغ قوة في معارضة هذه الأخبار المستفيضة في أحكام عديدة ومواقع متفرقة ، فالواجب هو جعل التأويل في جانبها لقلتها ورجحان ما عارضها بالكثرة والاستفاضة . وأما (ثانياً) فإنه قد نقل جملة من أصحابنا أن جمهور العامة على القول في هذه المسألة بوجود المهر كمالاً .

ويؤيده ما نقله بعض أصحابنا عن كتاب ينابيع الأحكام في معرفة الحلال والحرام حيث قال : ويتقرر المهر كله بالوطء ولو حراماً وموت أحدهما ، لانتهاء العقد به ، وهو كاستيفاء المعقود عليه به قبله . إنتهى ، قال : وضابطه في الكتاب نقل مذاهبهم الأربعة ، متفقة كانت أو مختلفة ، إنتهى .

ويشير إلى ما ذكرناه من حمل أخبار المهر كمالاً على التقيّة ، قوله في رواية منصور بن حازم الثانية^(٢) « قلت : فإنهم رواد عنك أن لها نصف المهر ، قال : لا يحفظون عني إنما ذلك في المطلقة .

و بوضّحه ما رواه الثقة الجليل سعد بن عبدالله في بصائر الدرجات عن محمد

(١) الكافي ج ٥ ص ٤١٥ ح ١ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٧ ح ٥٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٥ ح ١٦ .

(٢) التهذيب ج ٨ ص ١٤٧ ح ١١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٤ .

ابن أبي عمير عن جميل بن صالح عن منصور بن حازم ^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال :
 أما أحد أجد أحدثه وإني لأحدث الرجل بالحديث، فيتحدث به فأقول :
 إني لم أقله ، فإن فيه إشعار بالشكاية من أصحابه في عدم كتمان ما يحدث عن
 غير أهله ، وأنه إذا سئل بعد ذلك أنكر ما قاله أولاً تقيّة ، ولا يخفى أن الأمر
 هنا كذلك ، فإن قوله عليه السلام بالتنصيف قد استفاد كماعرفت من هذه الأخبار التي
 ذكرناها على وجه لا يقبل الإنكار ، فإنكاره عليه السلام لذلك ، وقوله ولا يحفظون عني ،
 بعد إفئائه بوجوب الجميع إنما خرج مخرج التقيّة ، وهو بحمد الله سبحانه
 واضح لكل ذي فكر وروية ، وحمل رواية التنصيف على الاستحباب - كما زعمه
 الشيخ ، بمعنى أنه يستحب للمرأة أخذ النصف خاصة - أبعد بعيد لما عرفت من
 هذه الأخبار وتكاثرها في غير حكم من الأحكام مضافاً إلى ما عرفت في غير موضع
 مما تقدم ممّا في الحمل على الاستحباب ، وإن اتخذوه قاعدة كليّة في جميع الأبواب .
 و بالجملة فالظاهر عندي بالنظر إلى ما ذكرته من الأخبار هو القول
 بالتنصيف وحمل الأخبار المعارضة على التقيّة التي هي في اختلاف الأخبار أصل
 كلّ بليّة ، إلا أن لفائل أن يقول : إن مرجع ما اخترعوه إلى ترجيح أخبار
 التنصيف باعتبار مخالفتها للعامة ، وأخبار الجميع موافقة لهم عملاً بالقاعدة المنصوصة
 من عرض الأخبار عند الاختلاف على مذهب العامة والأخذ بخلافه ، وهو جيد
 إلا أنه يمكن أن يقال أيضاً إن من القواعد عرضها - عند الاختلاف - على الكتاب
 العزيز والأخذ بما وافقه ، وطرح ما خالفه ، وأخبار الجميع موافقة له بقوله
 عز وجل « وآتوا النساء صدقاتهن نحلة » ^(٢) الشامل بإطلاقه لحال الحياة والموت ،
 وأخبار التنصيف مخالفة له ، فيجب طرحها بمقتضى هذه القاعدة .

و يمكن الجواب بأن الأمر وإن كان كذلك ، إلا أنه هنا لا يمكن العمل

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٧٧ ح ٢٥ نقلاً عن مختصر البصائر ص ١٠٢ .

(٢) سورة النساء - آية ٤ .

بهذه القاعدة لما عرفت من تكرار الأخبار الدالة على التنصيف ، و تعددها في موارد عديدة بحيث لا يمكن طرحها ، و لو جاز ردها على ما هي عليه من الاستفاضة وصحة الأسانيد ورواية الثقات لها في الاصول المعتمدة ، لأشكل الحال أي إشكال ، وصار الداء عضالاً و أي عضال ، والتأويلات التي ذكرها الشيخ بعيدة غاية البعد ، لا وجه للقول بها فلم يبق إلّا طرحها بل الواجب تخصيص الآية بها كما جرى عليه الأصحاب في غير موضع من نظائر هذه المسألة ، حسبما قدمناه في غير موضع ، ويبقى محل تلك الأخبار على التقيّة كما قلناه ، وهذا هو الأقرب ، والله العالم .

المسألة الحادية عشرة: قد عرفت أن الأشهر الأظهر هو أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد إلّا أنه متى طلقها قبل الدخول عاد نصفه إلى الزوج ، وينبغي أن يعلم أن عود النصف إلى الزوج مقيّد بأن لا تعفو عن النصف الباقي لها ، فيصير الجميع للزوج حينئذٍ ، أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح ، لقوله عز وجل « و إن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلّا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » ^(١) إلّا أن من له عقدة النكاح ليس له أن يعفو عن الجميع ، وأما هي فإن لها العفو عن الجميع كما تدل عليه الأخبار . بقي الكلام في من بيده عقدة النكاح أنه من هو ؟ هل هو الولي الجبري الذي هو الأب أو الجد له ؟ أو هو مع من توكّله أمرها في النكاح كان من كان ؟ والأول مذهب أكثر الأصحاب ، ومنهم الشيخ في الخلاف مدعيّاً عليه الاجماع ، والثاني قوله في النهاية ، وتلميذه القاضي .

والواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من عباراتهم ثم عطف الكلام على نقل أخبار المسألة ، ثم الكلام في المقام بما وفق الله سبحانه لفهمه منها ببركة أهل الذكر عليه السلام .

فنقول : قال الشيخ في النهاية : الذي بيده عقدة النكاح الأب أو الأخ إذا

(١) سورة البقرة - آية ٢٢٧ .

جعلت الاخت أمرها إليه ، أو من وكلته في أمرها ، فأى هؤلاء كان جاز له أن يعفو عن بعض المهر ، وليس له أن يعفو عن جميعه .

وقال في كتاب الخلاف : الذي يبدد عقدة النكاح عندنا هو الولي الذي هو الأب أو الجد ، إلا أن عندنا له أن يعفو عن بعضه ، وليس له أن يعفو عن جميعه . وقال في كتاب التبيان : قوله تعالى « إلا أن يعفون » معناه من يصح عفوها من الحرائر البالغات غير المولى عليها لفساد عقلها ، فيترك ما يجب لها من تصف الصداق . وقوله « أو يعفو الذي يبدد عقدة النكاح » قال مجاهد والحسن وعلقمة أنه الولي ، وهو المروي عن الباقر عليه السلام والصادق عليه السلام غير أنه لا ولاية لأحد عندنا إلا الأب والجد على البكر غير البالغ ، فأما من عداها فلا ولاية له إلا بتولية منها ، وروي عن علي عليه السلام وسعيد بن المسيب وشريح أنه الزوج ، وروي ذلك أيضاً في أخبارنا ، غير أن الأول أظهر وهو المذهب ، ومن جعل العفو للزوج - قال : - له أن يعفو عن جميع النصف ، ومن جعله للولي قال أصحابنا : له أن يعفو عن بعضه ، وليس له أن يعفو عن جميعه ، وإن امتنعت المرأة من ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضت المصلحة ، ذلك عن أبي عبد الله عليه السلام واختار الجبائي أن يكون المراد به الزوج ، لأنه ليس للولي أن يهب مال المرأة .

وقال ابن البراج : الذي يبدد عقدة النكاح من الأب وغيره ممن تجعل المرأة إليه ذلك ، وتوكله إيّاه يجوز له العفو عن بعض المهر ، ولا يجوز له العفو عن جميعه .

وقال ابن إدريس : الذي يقوى في نفسي و يقتضيه أصول المذهب ، ويشهد بصحته النظر والاعتبار والأدلة القاهرة والآثار ، أنه الأب والجد من قبله مع حياته أو موته إذا عقدا على غير البالغ ، فلهما أن يعفوا عما تستحقه من نصف المهر بعد الطلاق إذا رآيا ذلك مصلحة لها ، ويكون المرأة وقت عفوهما غير بالغ ، فأما من عداها أو هما مع بلوغها و رشدها فلا يجوز لهما العفو عن النصف ، و صارا

كلأجانب ، لأنهما لا ولاية لهما في هذه الحال ، ولا يجوز لأحد التصرف في مالها بالهبة والعفو وغير ذلك إلا عن إذنهما للمنع من التصرف في مال الغير عقلاً وسمعاً إلا بإذنه ، وليس في الآية متعلق سوى ما ذكرناه ، لأنه تعالى قال : «إلا أن يعفون» فدل هذا القول أنهم «ممن لهم العفو» وهن الحرائر البالغات الواليات على أنفسهن في العقد والعفو والبيع والشراء وغير ذلك ، ثم قال : «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» معناه إن لم يكن بالغات ، ولا واليات على أنفسهن ، فعند هذه الحال لا يلي عليهن عندنا سوى الأب والجدة بغير خلاف ، فلهما العفو بعد الطلاق عما تستحقه ، ولولا إجماع أصحابنا - على أن الذي بيده عقدة النكاح هو الأب والجدة على غير البالغ - لكان قول الجبائي قوياً ، مع أنه قد ورد في بعض أخبارنا أنه الزوج .

قال في المختلف بعد نقل هذه الأقوال : والتحقيق أن نقول : الزوجة إن كانت صغيرة كان ولي أمرها الأب والجدة له ، ولهما العفو عن جميع النصف وبعضه مع المصلحة في ذلك ، وإن كانت بالغة وشيدة فالأمر لها . . . إلى آخره .
وأما الأخبار الواردة في المسألة فمنها ما رواه في الكافي ^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي في حديث قال : « وقال في قول الله عز وجل «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» قال : هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه ، والرجل يجوز أمره في مال المرأة ، فيبيع لها ويشتري لها فإذا عفا فقد جاز » .

ومارواه في الكافي والفقهاء ^(٢) عن سماعة كما في الأول ، وعن الحلبي وأبي بصير وسماعة كما في الثاني ، والخبر في الموثق على الأول والصحيح على الثاني عن

(١) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٨ ص ١٤٢ ح ٩٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٢

ح ١

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٠٦ ح ٢ ، الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٢ ح

أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل: «وإن طلقتموهن من قبل أن تمسوهن» وقد فرضتم لهن فريضة فنصف ما فرضتم إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب أو الأخ أو الرجل يوصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها، فتجيز، فإذا عفا فقد جاز. وفي الفقيه عوض قوله «فتجيز» «ويتجر» وهو أظهر.

قال في الفقيه^(١): وفي خبر آخر «يأخذ بعضاً ويدع بعضاً، وليس له أن يدع كله».

ومارواه في التهذيب^(٢) في الصحيح عن ابن مسكان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألت عن الذي بيده عقدة النكاح، قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع لها ويشتري فأى هؤلاء عفا فقد جاز. ومارواه العياشي في تفسيره^(٣) عن أبي بصير عن أبي جعفر عليه السلام في قول الله عز وجل «أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح» قال: هو الأب والأخ والرجل يوصى إليه، الحديث كما هنا.

وعن أبي بصير وعنه بن مسلم^(٤) في الصحيح كلاهما عن أبي جعفر عليه السلام في الذي بيده عقدة النكاح، فقال: هو الأب والأخ والموصى إليه، والذي يجوز أمره في مال المرأة من قرابتها فيبيع لها ويشتري، قال: فأى هؤلاء عفا فعفوه جائز في المهر إذا عفا عنه.

(١) الفقيه ج ٣ ص ٣٢٧ ح ٧، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٢.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٣ ح ٤٩ وفيه «عن أبي بصير»، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٤.

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٦ وفيه «الأخ والموصى إليه»، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١١ ب ٣٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٨٤ ح ١٥٤، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٥.

و عن ابن أبي عمير ^(١) عن بعض أصحابنا عن أبي عبد الله عليه السلام « في قوله تعالى « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال : يعني الأب والذي توكله المرأة وتوليها أمرها من أخ أو قرابة أو غيرهما » .

و عن عبد الله بن سنان ^(٢) في الصحيح « قال : الذي بيده عقدة النكاح هو ولي أمرها » .

ورواه العياشي في تفسيره ^(٣) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام مثله .
وعن رفاعه ^(٤) في الصحيح « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الذي بيده عقدة النكاح ، قال : الولي الذي يأخذ بعضاً ويترك بعضاً ، وليس له أن يدع كله » .
ورواه العياشي في تفسيره ^(٥) عن رفاعه مثله ، إلا أن فيه « قال : هو الولي الذي يزوج ، ويأخذ بعضاً ويترك بعضاً » إلى آخر ما هنا .

ومارواه العياشي في تفسيره ^(٦) عن زرارة وحران وحماد بن مسلم عن أبي جعفر وأبي عبد الله عليهما السلام « في قوله « إلا أن يعفون أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال : هو الولي والذين يعفون عن الصداق أو يحطون عنه بعضه أو كله » .

وعن إسحاق بن عمار ^(٧) « قال : سألت جعفر بن محمد عليه السلام عن قول الله « إلا أن يعفون » قال : المرأة تعفو عن نصف الصداق ، قلت : « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال : أبوها إذا عفا جاز ، وأخوها إذا كان يقيم بها وهو القائم عليها فهو

(١) الفقيه ج ٣ ص ٥١ ذيل حديث ٧ ، الوسائل ج ١٣ ص ٢٩٠ ب ٧ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٢ ح ٤٦ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٢ ح ٢ .

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٤ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٥٦٤ ب ٧ ح ١ .

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٣٩٢ ح ٤٨ ، الوسائل ج ١٤ ص ٢١٣ ح ٣ .

(٥) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٧ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١١ ب ٧ ح ٣ .

(٦) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٤٣ ح ٤ .

(٧) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٥ .

بمعنزة الأب يجوز له ، وإذا كان الأخ لا يقيم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره ،
وعن محمد بن مسلم ^(١) عن أبي جعفر عليه السلام في قوله « إلا أن يعفون أو يعفو
الذي بيده عقدة النكاح » قال : الذي يعفو عن الصداق أو يحط بعهده أو كله .
وعن سماعة ^(٢) « عن أبي عبد الله عليه السلام « أو يعفو الذي بيده عقدة النكاح » قال :
هو الأب والأخ والرجل الذي يوصى إليه والذي يجوز أمره في مال المرأة فيبتاع
لها ويشترى فأى هؤلاء عفا فقد جاز ، قلت : أرأيت إن قالت : لا أجيزها ، ما يصنع ؟
قال : ليس لها ذلك ، أتجيز بيعه في مالها ولا تجيز هذا .
ومن أبي بصير ^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله « أو يعفو الذي بيده عقدة
النكاح » قال : هو الأخ والأب و الرجل يوصى إليه ، والذي يجوز أمره في مال
بقيمة ، قلت : أرأيت إن قالت : لا أجيز ، ما يصنع ؟ قال : ليس ذلك لها ، أتجيز
بيعه في مالها ولا تجيز هذا .

هذا ما حضرني من أخبار المسألة ، والكلام فيها يقع في مواضع :
الاول : لا يخفى أن أكثر هذه الروايات إنما تدل على القول الثاني
الذي هو خلاف المشهور بينهم ، والأصحاب لم يذكروا دليلاً عليه إلا صحيحة
أبي بصير ومحمد بن مسلم ، ورواية أبي بصير غريبة عن الوصف بالصحة ، والعلامة في
المختلف حيث اختار القول المشهور رد رواية أبي بصير بأنها مرسلة .
وبالجملة فإنهم لعدم إعطاء الوسع حقه في تتبع الأخبار يقعون في مثل
هذه الاشكالات ، وسوء الاختيار ، كما لا يخفى على من نظر ما نقلناه من أخبار
المسألة هنا من الكتب الأربعة وغيرها ، وليس فيها على تعددها ما تدل على المشهور

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣ .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٦ ح ٤١٢ ، الوسائل ج ١٥ ص ٦٣ ح ٣ .

(٣) تفسير العياشي ج ١ ص ١٢٥ ح ٤٠٨ وفيه « في ماله بقيمة » مع إختلاف يسير ، الوسائل

ج ١٥ ص ٦٣ ح ٦ .

إلا صحيحة عبدالله بن سنان وصحيحة رفاعه ، مع أنهما غير صريحتين في الحصر في الولي ، بل غايتهما أنهما بالنسبة إلى غيره مطلقات ، وقضية الجمع بينهما وبين باقي الأخبار حمل إطلاقهما على ما فصلته الأخبار الباقية ، سيما مع ما عرفت من صحة أسانيد كثيرة منها .

وبالجملة فالظاهر بالنسبة إلى ما ذكرناه من الأخبار هو القول الثاني لما عرفت ، وإلا فالعمل بما دلت عليه هاتان الروايتان وطرح باقي أخبار المسألة على كثرتها وصحة أكثرها مما لا يتجشمه محصل ، على أنه متى كان جواز عفو مشروطاً بكونه وكياً من جهتها في ذلك ، فإنه لا مانع حينئذٍ من ذلك كما سيأتي ذكره .

الثاني : لا يخفى أن ما ذكره جملة من أصحابنا كما عرفت من كلام الشيخ - رحمه الله - في التبيان وابن إدريس من ورود الرواية من طرقنا بتفسير الذي بيده عقدة النكاح ، بالزوج ، لم نقف عليها فيما وصل إلينا من أخبار المسألة وهي هذه التي ذكرناها ، ولو ثبت ورود خبر بذلك فالظاهر خرج مخرج التقيّة لا اختصاص هذا القول بالعمامة ، وروايتهم له عن علي عليه السلام كما تقدم في كلام الشيخ في التبيان ، على أن انطباق الآية على ذلك لا يخلو من تعسف ، لأن العفو حقيقة إنما هو بمعنى الإسقاط ، فمعنى عفو الزوجة عن النصف الباقي لها في ذمة الزوج بعد الطلاق يعني إيقاطه فيكون الجميع للزوج ، وليس للزوجة شيء بالكليّة ، وعفو الزوج ليس بهذه الكيفية ، بل هو عبارة عن التزامه بإسقاط بالطلاق ورده على الزوجية ، فيكون المهر كماً للزوجة ، وهذا ليس بإسقاط ، بل هو عكسه ، على أن صدق من بيده عقدة النكاح على الزوج أيضاً لا يخلو من تكلف ، فإن الظاهر أن الذي بيده عقدة النكاح إنما هو الموجب له ، وهو الذي يعقده كالمرأة أو الولي دون القابل الذي هو الزوج .

وبالجملة فإن هذا القول وإن طال في المسالك الذب عنه فهو بمحل من

الضعف ، لخلو أخبارنا عنه ، وعدم قائل به فيما أعلم ، فالاشتغال بغيره أهم .

الثالث : لا يخفى أن ظاهر هذه الأخبار أن أحد أفراد من بيده عقدة النكاح الذي يقوم على المرأة ويباع ويشترى لها قريباً كان كما تضمنته صحيح أبي بصير وعبد بن مسلم ، وغيره كما هو ظاهر الأخبار الباقية ، والأصحاب حملوه على أن يكون وكيلاً في النكاح أو العفو ، وإلا فمجرد قيامه بأمرها والبيع والشراء لها لا يسوغ له العفو عن مهرها ، لعدم دخوله في من بيده عقدة النكاح ، إذ لا يسوغ له ترويجها بمجرد ذلك ، إلا أن الحمل على ذلك في غاية البعد عن ظواهر سياق أكثر الأخبار ، مثل رواية إسحاق بن عمار المنقولة من تفسير العياشي وقوله في الأخ إن كان يقيم بها وهو القائم عليها فهو بمنزلة الأب يجوز له ، وإذا كان لا يقيم بها ولا يقوم عليها لم يجز عليها أمره ، فجعل مناط صحة العفو إنتما هو القيام بأمرها وعدمه ، ولو كان الأمر منوطاً بالتوكيل - كما ذكره الأصحاب - لما حسن هذا التردد ، ونحو ذلك قوله في روايتي سماعة وأبي بصير المنقولتين من تفسير العياشي أيضاً « رأيت إن قال : ^(١) لا أجيز » إلى آخره ، وتعليله « ^{لأن} إن ذلك ليس لها بأنها تجيز بيعه في مالها ولا تجيز هذا ، فإنه لو كان الأمر كما ذكره الأصحاب من أنه وكيل من جهتها في العقد والعفو أو في العفو خاصة لكان الظاهر الرد لما قالته إنتما هو ليس لها ذلك لأنها وكلته ، وجعلته قائماً مقامها في ذلك إلا أن » مرسله ابن أبي عمير ظاهرة فيما ذكره الأصحاب .

وبالجملة فإن الأحوط هو ما ذكره ، وإن كان انطباق أكثر الأخبار عليه في غاية البعد .

الرابع : أكثر الأخبار مطلق بالنسبة إلى عفو غيرها بأنه يعفو عن الكل أو البعض ، وربما ظهر من بعضها جواز عفو عن الكل أيضاً ، إلا أن صحيحة رفاعه قد صرحت بأنه ليس له العفو عن الكل ، وعليها ظاهر كلام الأصحاب ،

(١) الصحيح « قالت » ولعله إشتباه وقع من النسخ .

بل ربّما ظهر من المبسوط والتبيين ومجمع البيان والراوندي في فقه القرآن دعوى الاجماع عليه، وفي المختلف وفاقاً للجامع أن "المصلحة إن اقتضت العفو عن الكل" جاز، ومورد الصحيحة المذكورة هو الولي "الشرعي"، وإطلاقها يقتضي جواز عفو، سواء كان فيه مصلحة المولى عليه أم لا، وأما هي فلها أن تعفو عن الجميع لأنه ما لها، ثم "إن" الظاهر من الآية وأكثر الأخبار أن عفوها من النصف الذي لها إنما هو على جهة الفضل والاستحباب، وظاهر روايتي سماعة وأبي بصير المنقولتين عن تفسير العياشي تحت إجازة عليها والرضاء اللهم إلا أن يحمل على الوكالة، وأن الوكيل إذا تصرف بعد الوكالة فليس للموكل فسخه، بل يجب عليه إضاؤه، وربّما قيد تحت ذلك عليها بما إذا اقتضته المصلحة، قال في كتاب مجمع البيان: فإن امتنعت المرأة عن ذلك لم يكن لها ذلك إذا اقتضته المصلحة عن أبي عبد الله عليه السلام. أقول: وهذه الرواية لم تصل إلينا ولا وقفنا عليها، فإن هذه روايات المسألة التي قدمناها، والروايتان الدالتان على ذلك خاليتان من هذا القيد.

وكيف كان فلا عرف للزوم ذلك إلا الوجه الذي ذكرته، وهو أعم من أن تقتضيه المصاحبة أم لا، وربّما اشعر ظاهر هذا الكلام الذي ذكره في مجمع البيان بأن ذلك في صورة عفو الولي بالنسبة إلى الصغيرة، وأنه ليس لها بعد البلوغ رده إذا اقتضته المصلحة، حيث إن فعل الولي منوط بها، إلا أن مورد الأخبار كما عرفت إنما هو بالنسبة إلى البالغة، والقائم بأمرها في بيع وشراء ونحوه كما عرفت.

الخامس: مقتضى إطلاق الآية والأخبار إقتفال الجميع إلى الزوج بالعفو عن النصف الباقي لها، أعم من أن يكون المهر ديناً أو عيناً، وبهذا صرح الشيخ في المبسوط وأكثر الأصحاب وحمل على أن العفو بمعنى العطاء، فيتناول الأعيان، قال في المسالك: وهو قوي لوروده بمعنى العطاء لغة كما سننبّه عليه. وقيل: إن العفو مختص بالدين، وأما العين فلا تنتقل إلا بلفظ الهبة أو

التمليك أو نحوهما، لا بالعفو، لأنه لا مجال فيه للأعيان، كلفظ الإبراء فلا يتناول إلا الدين .

وأجابوا عن الآية بأن المراد من العفو معناه لافظه، بمعنى إرادة حصول الملك للعفو عنه، بعبارة تقيّد ذلك، ولو كان المراد لفظه لتعيّن في الموضوعين، وهو منفيّ بالاجماع، وسمّي نقله منها عفواً تنبيهاً على حصول فضيلة العفو والمدح، فإن توقّف النقل له على صيغة شرعيّة - كما لو قال: ملكه هذا - فإنه يريد نقل ملكه إليه بلفظ شرعي يفيد بأيّ لفظ أدى معناه وإن لم يكن بلفظ التمليك . أقول: الظاهر عندي قوة هذا القول، وإن كان خلاف ما عليه الأكثر، فإن الأول مبنيّ على صحّة كون العفو بمعنى الاعطاء، وما ادعاه شيخنا المتقدم ذكره من ورود معنى العطاء لغة لم أفد عليه في كلام أحدهم أهل اللغة، والمذكور في كلامهم إنما هو الاسقاط .

قال في كتاب المصباح المنير^(١) « عفوت عن الحق : أسقطته » وغاية ما استند إليه - رحمة الله عليه - وهو الذي أشار إليه بقوله « كما سنبتّه عليه » هو ما ذكره أخيراً حيث قال : والعفو كما يطلق على الاسقاط ، يطلق على الاعطاء كما أشرنا إليه سابقاً، ومن الأول قوله تعالى « والعافين عن الناس »^(٢) أي التاركين ما لهم عندهم من مظلمة . ومن الثاني قوله تعالى « يسألونك ماذا ينفقون قل العفو »^(٣) أي الفضل من الأموال الذي يسهل إعطاؤه . وقوله تعالى « خذ العفو »^(٤) أي خذ ما أعطاك الناس من ميسور أخلاقهم ولا تنقص عليهم ، وغير ذلك فيصلح للأمريّن . أقول: لا يخفى أن غاية ما تدلّ عليه الآيتان هو كون العفو هنا بمعنى الميسور .

(١) المصباح المنير ص ٥٧٢ .

(٢) سورة آل عمران - آية ١٣٤ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢١٩ .

(٤) سورة الأعراف - آية ١٩٩ .

و عن الصادق عليه السلام في تفسير الآية الأولى قال : العفو الوسط من غير إسراف ولا إقتار .

و بالجملة فالمراد ما يسهل إعطاؤه ، فأين هذا مما يدعيه من أن العفو بمعنى الاعطاء ، والاعطاء إنما استفيد من لفظ آخر كقوله خذ في قوله «خذ العفو» وينفقون في قوله «ماذا ينفقون» لامن لفظ العفو .

وبالجملة فإن الاستدلال بذلك من مثله - رحمه الله - غريب عجيب كما لا يخفى على الأديب اللبيب والموافق المصيب ، وحينئذ فالواجب على ما اخترناه أنه متى كان المهر ديناً فإنه يصح بلفظ العفو والهبة والإبراء ، والترك والإسقاط والتملك ، لافادة كل من هذه الألفاظ المعنى المراد من إسقاط حقها الذي في ذمته^(١) ، وإن كان عيناً وكان في يده فلفظ التملك والهبة ، ولا يصح بلفظ الإبراء والإسقاط والترك لأن هذه الألفاظ ظاهرة عندهم في إسقاط ما في الذمة ، وكذا لو كان في يدها فإنه يكفي التملك والهبة بشرط القبض له من يدها كما تقدم في الهبة دون التملك ، قالوا : ولا بد من القبول على التقديرين إذا كان عيناً ، والنصوص لادلالة لها عليه .

السادس : قد صرحوا بأنه ليس لولي الزوج العفو من حقه كلاً أو بعضاً مع الطلاق ، لأن العفو عن مال الغير بغير إذن المالك على خلاف الأصل ، فيجب الاقتصار فيه على مورد الاذن والرخصة ، وهو ولي المرأة خاصة ، ولأنه لا غبطة للمولى عليه في ذلك ، وتصرف الولي منوط بالمصلحة ، وإنما خرج عنها ولي المرأة بالنص الخاص ، ومن ثم منع بعضهم من عفو ولي المرأة أيضاً لذلك ، كما

(١) قال للشيخ في المبسوط : لو كان المهر ديناً على الزوج فطلق قبل الدخول كان لها العفو عن الباقي بألفاظ منه العفو والتملك والهبة والإسقاط والتبرئة والإبراء ، وهل يفتقر الى قبوله ؟ قال : فيه وجهان : الأول أن نقول يفتقر الى قبوله ، والوجه عندي عدم الإفتقار ، لأنه إسقاط وإبراء فأشبه الطلاق والعتاق ، إنتهى . (منه - قدس سره -) .

تقدم في كلام ابن إدريس ، قالوا : ويتصور الولاية على الزوج مع وقوع طلاقه عن موأى عليه فيما إذا بلغ فاسد العقل ، فإنَّ للولي أن يطلق عنه مع المصلحة كما سيأتي بخلاف الصبي ، ولو فسرنا من بيده عقدة النكاح بما يشتمل الوكيل كما هو القول الآخر ، وهو الذي قد عرفت دلالة جلَّ الأخبار عليه وإن كان خلاف المشهور دخل و كـيل الزوج في الحكم المذكور هنا كما يدخل وليه .

السابع : ظاهر الآية والأخبار المتقدمة هو أنَّ القدر المعفو عنه ينتقل بمجرد العفو إلى من عفي له من زوج أو زوجة ، ولا يتوقف على أمر آخر ، وهو لا يوافق ما فصله الأصحاب في هذا الباب مما تقدمت الإشارة إليه ، وبسط جملة من الأصحاب الكلام عليه .

ونحن نذكر هنا ملخص ما ذكره شيخنا في المسالك الذي أوضح فيه طرق الأحكام لكل قاصد وسالك ، قال : ليس المراد من العفو الموجب لبراءة كلِّ من الزوجين من حقِّ الآخر كونه سبباً تاماً بمجرد في نقل الملك أو البراءة منه ، بل المراد كونه سبباً في ذلك ، أعمُّ من أن يكون تاماً أو ناقصاً أو متوقفاً على شرط آخر ، وإن كان قد أطلق في الآية كون العفو موجباً لسقوط الحقِّ أو نقله ، لأنَّ إطلاقه كذلك لا ينافي اعتبار أمر آخر .

إذا تقرر ذلك فنقول : المهر إما أن يكون ديناً أو ديناً ، وعلى الأول إما أن يكون في يدها أدنى يده ، والثاني إما أن يكون في ذمتها - بأن قبضته وتلف في يدها - أو في ذمته ، وعلى التقادير الأربعة إما أن يكون العافي الزوج أو أو الزوجة أو من يقوم مقامهما في معنهما ، فتحقق الملك وانتقاله وسقوطه عن الذمة يتمُّ بشأني صور :

الاولي : أن يكون ديناً في ذمة الزوج ، والعافي المرأة ، فتحصل براءة ذمته بمجرد عفوها ، لأنَّ العفو حينئذٍ بمنزلة الإبراء ، فلا يشترط فيه سوى اللفظ الدالُّ عليه وإن لم يقبل من عليه الحقِّ على الأقوى ، وقد تقدم تحقيقه في باب

الهبة، ويصح ذلك بلفظ العفو والابراء والاسقاط والتركة والهبة والتمليك لا اشتراك الجميع في الدلالة عليه .

الثانية : الصورة بحالها ويكون عيناً في يده فلا يكفي مجرد العفو ، لأن ذلك بمنزلة الهبة لغيره ، بل لابد من لفظ يدل عليه ، كلفظ الهبة والتمليك أو العفو على قول قوي ، لا الابراء والاسقاط وما شا كلهما ، ويشترط أيضاً قبول المتهب ، ولا يشترط قبض جديد ، لأنه مقبوض بيده بالفعل ، ويلحقه حينئذ أحكام الهبة من اللزوم والجواز على ما سبق تفصيله .

الثالثة : الصورة بحالها بأن كان عيناً في يده لكن كان هو العافي عن حقه ، فيشترط فيه ما اشترط في السابقة من الايجاب والقبول ، ويزيد اشتراط إقباضها إياه ، لأنه خارج عن يدها .

الرابعة . الصورة بحالها بأن كان هو العافي ، و لكن كان ديناً في ذمته ، ولا ينقل بالابراء وما في معناه قطعاً لاختصاصه بالدين في ذمة المعفو عنه لا العافي ، وينقل بلفظ الهبة لكن بشرط التسليم .

الخامسة : أن يكون ديناً في ذمتها وتكون هي العافية ، والحكم فيه كالسابقة ، والأقوى اقتضاه إلى العقد بعد التعيين فيهما لأن ذلك مقتضى الهبة ، ولا وجه هنا سواها ، وهذا هو الذي اختاره الشيخ في المبسوط

السادسة : الصورة بحالها وهو كونه ديناً في ذمتها لكن العافي هو الزوج ، وهنا ينزل منزلة الابراء كما مر في نظيره ، ويصح بجميع الألفاظ الستة ، ولا يفترق إلى القبول على الأقوى .

السابعة : أن يكون عيناً في يدها ، وهي العافية أيضاً ، ويشترط فيه ما يشترط في الهبة من العقد والإقباض .

الثامنة : الصورة بحالها ، والعافي هو الزوج فيشترط فيه عقد الهبة ، ولا يشترط تجديد الإقباض لحصوله في يدها ، واشترط الشيخ مضي مدة يمكن فيها قبض من

هي في يده ، والأقوى عدم اشتراطه ، وقد تقدم البحث فيه في بلبه ، إنتهى ملخصاً .
المسألة الثانية عشر : المشهور في كلام الأصحاب بل الظاهر أنه لا خلاف فيه ، كما يفهم من المسالك ونقل عن التذكرة أنه استند إلى علمائنا مؤذناً بدعوى الاجماع عليه أنه إن زوج الرجل ولده الصغير وللولد مال ، فإن المهر في مال الولد ، وإن كان الولد فقيراً فالمهر لازم للأب يخرج من أصل ماله لومات ولم يدفعه ، وإن بلغ الولد وأيسر أو مات قبل ذلك .

والذي وقفت عليه من الأخبار في هذه المسألة ما رواه في الكافي ^(١) عن الفضل ابن عبد الملك قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : لا بأس ، قلت : يجوز طلاق الأب ؟ قال : لا ، قلت : على من الصداق ؟ قال : على الأب إن كان ضمنه لهم ، وإن لم يكن ضمنه فهو على الغلام ، إلا أن يكون للغلام مال فهو ضامن له ، وإن لم يكن ضمن ، الحديث .

هكذا صورة الخبر في الكافي على ما نقله في الوافي ، وفيه إشكال ، ونقله في المسالك « إلا أن لا يكون للغلام مال » وهو الظاهر ، وهذا الخبر وصفه في المسالك بالصحة مع أن في طريقه عبد الله بن محمد عن علي بن الحكم ، وعبد الله بن محمد هذا هو المشهور بينان أخو أحمد بن محمد بن عيسى ، وهو مجهول في كتب الرجال .
و عن عبيد بن زرارة ^(٢) في الموثق قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ؟ قال : إن كان لابنه مال فعليه المهر ، وإن لم يكن لابن مال فالأب ضامن المهر ، ضمن أولم يضمن .

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ١ وفيه « إلا أن لا يكون للغلام مال » ، التهذيب ج . ص ٣٨٩ ح ٣٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٢ .
(٢) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٢ ، التهذيب ج . ص ٣٨٩ ح ٣٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ١ .

ومارواه في الكافي والتهذيب^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليه السلام قال: سألته عن رجل له ولد فزوج منهم اثنين وفرض الصداق ثم مات، من أين يحسب الصداق من جملة المال أو من حصتهما؟ قال: من جميع المال إنما هو بمنزلة الدين.

ورواه الشيخ^(٢) بطريق آخر في الموثق عن محمد بن مسلم عن أبي جعفر عليه السلام قال: سألته، الحديث.

وفي آخر صحيحة أبي عبيدة الحذاء^(٣) المتقدمة الواردة في تزويج الصغيرين قلت: فإن كان أبوها هو الذي زوجها قبل أن تدرك؟ قال: يجوز عليها تزويج الأب، ويجوز على الغلام، والمهر على الأب للجارية.

ومارواه في التهذيب^(٤) عن محمد بن مسلم في الصحيح قال: سألت أبا جعفر عليه السلام عن الصبي يتزوج الصبية؟ قال: إذا كان أبواهما اللذان زوجها فنعيم جائز، ولكن لهما الخيار إذا أدركا، فإن رضيا بذلك، فإن المهر على الأب، قلت له: فهل يجوز طلاق الأب على ابنه في صغره؟ قال: لا.

ولا يضر اشتغال الرواية على ما لا يقول به الأصحاب من ثبوت الخيار في صورة تزويج الأبوين لهما، فإن طرح بعض الخبر لمعارض أقوى، لا يستلزم طرح ما لمعارض له.

ومارواه علي بن جعفر في كتابه^(٥) عن أخيه موسى بن جعفر عليه السلام قال:

(١) الكافي ج ٥ ص ٤٠٠ ح ٣، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٩ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٩ ص ١٦٩ ح ٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٣٩ ح ٣.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠١ ح ٤، التهذيب ج ٧ ص ٣٨٨ ح ٣١ وج ٩ ص ٣٨٢ ح ٢، الوسائل ج ١٧ ص ٥٢٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ١٨٢ ح ١٩، الوسائل ج ١٤ ص ٢٠٨ ح ٨.

(٥) بحار الأنوار ج ١٠ ص ٢٩٠ طبعة الأخوندي، الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ح ٤.

سألته عن الرجل يزوج ابنه وهو صغير ، فدخل الابن بامرأته ، على من المهر ؟
على الأب أو على الابن ؟ قال : المهر على الغلام ، وإن لم يكن له شيء فعلى الأب ،
ضمن ذلك على ابنه أو لم يضمن إذا كان هو أنكحه وهو صغير .

و ما رواه أحمد بن محمد بن عيسى ^(١) في النوادر عن صفوان عن محمد عن أحدهما
عليهما السلام : قال : قلت : الرجل يزوج ابنه وهو صغير ، فيجوز طلاق أبيه ؟ قال : لا ،
قلت : فعلى من الصداق ؟ قال : على أبيه إذا كان قد ضمنه لهم ، فإن لم يكن ضمن
لهم فعلى الغلام ، إلا أن لا يكون للغلام مال فعلى الأب ، ضمن أولم يضمن .

والمفهوم من هذين الخبرين الأخيرين أن المهر يكون على الأب وإن كان
للولد مال ، وأما في حال فقر الولد فإنه عليه ، ضمن أولم يضمن ، وعلى هذا المعنى
يحمل إطلاق رواية الفضل بن عبد الملك ، فإن قوله : قال : على الأب إن كان
ضمنه لهم ، يعني في صورة ما إذا كان للولد مال ، فإن وجوبه عليه مشروط
بضمائه له ، فلو لم يضمنه فإنه على الولد ، ولهذا قال : فإن لم يكن ضمنه فهو
على الغلام ، ثم استثنى منه : إلا أن لا يكون للغلام مال ، بالكلية ، فإن الأب ضامن
وإن لم يضمن ، هذا على تقدير ما رواه في المسالك كما قدمنا ذكره ، وأما على
ما نقله في الوافي - وهو الموجود في الكافي ^(٢) - فهو لا يخلو من الاشكال لعدم استقامة
المعنى ، كما دلت عليه الروايات الأخرى .

وأما ما أطلق في بعض هذه الروايات من كون المهر على الأب فيجب حمله
على فقر الولد كما فصلته الأخبار الأخرى .

بقي الكلام هنا في مواضع :

الاول : نقل عن العلامة في التذكرة أنه استثنى من الحكم بضمن الأب

(١) الوسائل ج ١٥ ص ٤٠ ح ٥ .

(٢) لا يخفى أن الموجود في الكافي مطابق لنقل المسالك وكان نقل الوافي من غلط النسخة ، والله

له على تقدير فقر الابن مالو صرح الأب بنفي الضمان ، فإنه لا يضمن ، وحمل قوله في الرواية « أولم يضمن » على عدم اشتراط الضمان لاعلى اشتراط عدمه . واعترضه في المسالك بأنه لا يخلو من إشكال ، قال : لأن النص « والفتوى متناول لما استثناء ، وحمله على غيره يحتاج إلى دليل نقلي يعارضه حتى يوجب حمله على ذلك ، ولأن الصبي لا يحتاج إلى النكاح فلا حظ له في التزام المهر في ذمته مع الاعسار عنه ، فتزويج الولي متوقف على وجود المصلحة ، بل وانتفاء المفسدة ، ولو قيد ذلك بما إذا كان في التزام الصبي بالمهر مصلحة - بأن كانت الزوجة مناسبة له وخاف فوتها بدون ذلك ، ونحوه - قرب من الصواب ، إلا أن تخصيص النصوص الصحيحة بذلك لا يخلو من إشكال ، انتهى .

وقال سبطه السيد السند في شرح النافع بعد أن نقل عن جده - أن النص « والفتوى متناول لما استثناء - مالفظة : وهو كذلك ، لكن لا يبعد المصير إلى ما ذكره في التذكرة لعموم قوله ^(١) « المؤمنون عند شروطهم » ، والرواية لاتنافيه صريحاً ولا ظاهراً .

أقول : لا يخفى قوة ما ذكره شيخنا في المسالك فإن قوله ^(٢) « أولم يضمن » شامل لكل من صورتي عدم الضمان واشتراط عدمه ، والتخصيص بالأول يحتاج إلى مخصص ، وبذلك يظهر ما في قول سبطه « والرواية لاتنافيه صريحاً ولا ظاهراً ، وكيف لاتنافيه ، وهي دالة بإطلاقها أو عمومها على الصورة المذكورة ، فإنه يصدق على من اشترط عدم الضمان أنه لم يضمن وحديث « المؤمنون عند شروطهم » إنما يتم الاستدلال به لو لم يكن له معارض ، والمعارض كما ذكرنا موجود ، فإن مقتضى إطلاق الروايات المتقدمة أنه يضمن في هذه الصورة أعني صورة فقر الولد أعم من أن يشترط الضمان على نفسه أو لا يشترط بأن اشترط عدمه أو لم يشترط ، والعجب من قوله - رحمه الله عليه - « والرواية لاتنافيه صريحاً ولا ظاهراً ، بعد اعترافه أولاً بأن النص متناول لما استثناء ، فإنه إذا كان متناولاً لذلك الفرد

(١) التهذيب ج ٧ ص ٣٧١ ح ٦٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٣٠ ح ٤ .

المستثنى فكيف لانتافي استثنائه ولو ظاهراً .

الثاني : قالوا : لو كان الصبي مالكا لبعض المهر دون بعض لزمه بنسبة ما يملكه ، ولزم الأب الباقي ، وهو جيد .

الثالث : إطلاق المال في الروايات - الدالة على أنه متى كان للولد مال فإن المهر على الأب - شامل لما يؤخذ في الدين وما لا يؤخذ فيه ، مثل دار السكنى ودابة الركوب ونحوهما إلا أن ذلك لا يقتضي صرف الثاني من هذين الفردين في أداء دين المهر لوتزوج والحال كذلك ، فلو كان له دار سكنى و فرس ركوب ونحوهما ، فإن إطلاق النصوص والفتاوى يقتضي أن المهر عليه دون الأب ، ولكنه متى تزوج كذلك كان المهر في ذمته ، ولا يجب عليه صرف هذه الأشياء في أداء دين المهر لو طلبته الزوجة ، بل يبقى المهر ثابتاً في ذمته إلى أن يتيسر له قضاؤه ، وقوفاً على مقتضى الدليلين في كل من المقامين ، فإن غاية ما يدل عليه الدليل في هذه المسألة هو أنه متى كان له مال فالمهر عليه دون أبيه ، بمعنى أن المهر يكون في ذمته ، والحكم بوجوب المهر في ذمته لا يقتضي وجوب صرف هذه الأشياء في أدائه ، بل يرجع في ذلك إلى تلك المسألة الأخرى ، وهو استثناء هذه الأشياء من الصرف في الدين ، بل يبقى في ذمته إلى أن يقدر على الوفاء جمعاً بين الأصلين المذكورين .

الرابع : لا ريب أن كل موضع لا يضمن الأب المهر فيه لو أداه تبرعاً عنه فإنه لا رجوع له به ، كما لو أداه الأجنبي ، أما لو ضمنه صريحاً وانتقل إلى ذمته بالضمان ، فلو أدى بعد ذلك فهل يرجع به أم لا ؟ اختلف كلام العلامة في النذكرة في ذلك فقال في موضع منها بجواز رجوعه إذا قصد بالضمان الرجوع ، محتجاً بأن قصد الرجوع هنا يجري مجرى إذن المضمون عنه في الضمان ، وفي موضع آخر قطع بعدم الرجوع محتجاً بأنه أدى مالاً وجب عليه بأصل الشرع وأورد عليه بأن في الفرق بين ضمانه اذلك وأدائه له ابتداءً نظراً ، لأنه بالنظر إلى الطفل متبرع في الموضعين ، وبالنظر إلى كونه ولياً منصوباً للنظر ،

و رعاية المصلحة للابن ينبغي عدم الضمان في الموضوعين إذا أدى و ضمن بطريق
الولاية على قصد الرجوع على الطفل .

ويُتجه على هذا أن يقيّد بكون ذلك مصلحة للطفل ، فإنّ مطلق وفاء الدين
عن المعسر وانتقاله من مستحقّ إلى آخر لا يكون مصلحة مطلقاً ، بل قد يكون ،
كما لو كان المستحقّ الثاني أسهل من الأول ، وأدق بالمديون ، وقد ينعكس ،
فإن انضمّ إلى كون الأداء و الضمان مصلحة للطفل مع قصد الرجوع عليه اتجه
جوازه ، وإلا فلا .

الخامس: إذا دفع الأب عن ولده الصغير مع يسار الولد تبرعاً أو مع فقره
لكونه ضامناً له ، ثمّ بلغ الولد وطلق قبل الدخول ، فإنّته يزول ملك المرأة عن
نصف الصداق ، وهل يرجع في هذه الصورة إلى الأب أو الابن ؟ الأقوى أنّه يرجع
إلى الابن ، وهو اختيار جمع من الأصحاب منهم شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ،
وسبّطه السيّد السند في شرح النافع ، وتردد المحقّق في الشرايع .

و وجه القوة فيما قويناه ما صرحوا به من أنّه لا ريب أنّ المرأة قد ملكته
بقبضها إيّاه من الأب ، سواء كان قد لزمه بالضمان أم دفعه تبرعاً ، ومن ثمّ كان
النماء لها ، وخرج النصف بالطلاق ثابت للزوج بالنص ، وهو ملك جديد ثبت
له بعد ملك المرأة ، لإبطال ملك المرأة السابق ، ليرجع إلى مالكه ، ولأنّ دفع
الأب له كالهبة للابن التي لا يجوز الرجوع فيها .

والأظهر الاستناد إلى عموم النصوص الدالة على رجوع النصف إلى الزوج
بالطلاق فإنّته شامل لهذه الصورة ، لأنّ ترك الاستفصال دليل على العموم في المقال .
وأما ما ذكره المحقّق من التردد في الحكم فإنّ منشأه ممّا ذكرناه ،
ومن أنّ المهر عوض البضع ، والبضع ملك للولد قطعاً ، فيكون عوضه عليه ، ولزومه
للأب من حيث إلزامه ذمّة الصغير الذي لا يحتاج إلى النكاح لا يوجب كون دفعه
هبة له ، وإنّ نزل منزلتها ، فلا يلزم مساواتها في جميع الأحكام ، وإنّما القصد منه

وفاء دين الولد ، فإذا برئت ذمته من النصف بالطلاق ينبغي أن يعود إلى الأب .
وردّ بمنع استلزام ملك الولد البضع كون عوضه عليه ، وانتفاضه ظاهر
بالمتنازع ، فإنّ العوض على الأب إجماعاً .

إنّما الكلام في عوده بعد خروجه عن ملكه ، و وجوب وفائه ، ثمّ لا نقول :
إنّ دفع الأب له هبة حتّى يلزم ما ذكره ، وإنّما فرضناه منزلاً منزلة الهبة لما
بينهما من المناسبة ، وإلا فهو دين وفاء المستحقّ عليه وانتقاله من المستحقّ
له بالطلاق ملك آخر قهريّ إلى الزوج ، لا اختيار فيه لأحد .

أقول : والأظهر عندي ما تقدمت الإشارة إليه من أنّ الاعتماد في ذلك إنّما
هو على الأخبار الدالة على استحقاق الزوج للنصف بعد الطلاق قبل الدخول
و رجوعه إليه ، وفيها غنيّة عن هذه التكاليف و لانزاع في كونها بإطلاقها أو
عمومها شاملة لموضع البحث .

السادس : لو لم يدفع الأب المهر مع لزومه له وطلّقها قبل الدخول فقد
قطع الشيخ في المبسوط وتبعه العلامة في القواعد بأنّه لا يستحقّه الابن ، وتبرأ
دّمة الأب من النصف ويلزمه دفع النصف الآخر إلى الزوجة ، وعلموا ذلك بأنّ
دفع المهر بمنزلة الهبة للولد ، فبعد قبضه لارجوع فيها ، وقبله غير متحقّقة فتبرأ
ذمّة من النصف ، فلا يملكه الولد لعدم القبض .

وفيه - على تقدير تسليم الاعتماد على مثل هذه التعليلات الغليظة - أنّ
هذا إنّما يتمّ فيما إذا كان الأب متبرعاً بالدفع عن الصغير ، كما إذا كان الصغير
موسراً أو معسراً ، وقد شرط الأب عدم الضمان على القول به ، أمّا إذا لزمه ابتداءً ،
كما إذا كان الولد معسراً ولم يشترط عدم ضمانه ، فإنّ المهر يلزمه بالعقد سواء
كان قبضته الزوجة أم لا ، حتّى لو كان عيناً ملكت نماؤها كما سلف ، فلا يظهر
الفرق بين قبضها وعدمه هنا ، والتعليل بالهبة لا يظهر إلّا مع التبرع به لامع لزومه
ابتداءً وهو جيّد .

السابع : لودفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعاً ، ثم " طلق قبل الدخول ، فهل يعود النصف إلى الدافع وهو الأب أو إلى الزوج وهو الابن ؟ قولان ، وبالثاني قطع العلامة في التذكرة على ما نقل عنه ، وتردد فيه في الشرايع ، واستشكله في القواعد ، وفي التحرير قوى الأول ، وجزم الشهيد الثاني في المسالك و سبطه في شرح النافع بالحكم برجوعه إلى الزوج ، وهو الظاهر لعين ما تقدم من أن العين قد انتقلت إلى الزوجة وصارت ملكها بعد قبضها إياها ، والعود إلى الولد إنما وقع بملك جديد ، وفي معناه ما لودفعه أجنبي تبرعاً فإن الحكم فيه بعد القبض كذلك . قالوا : ومن هنا ظهر الفرق بين دفع الأب المهر إلى الزوجة وعدمه ، لأنه لما لم يكن المهر لازماً له فهو متبرع بالوفاء فلا يخرج عن ملكه إلا بدفعه ، فإن دفع الجميع كان الحكم كما سبق ، وإن دفع النصف و طلق الولد قبل الدخول سقط النصف الآخر عن ذمة الزوج ، ولم يجب على الأب دفعه إلى الولد بغير إشكال ، لا تنفاء ما يقتضيه .

و وجه تردد المحقق هنا واستشكل العلامة ما ذكرنا من الأصل بقاء الملك على مالكة حيث لم يتحقق قصد التمليك ، بل غايته إرادة إبراء ذمته من الدين ، فإذا برئت بالطلاق عاد المال إلى أصله ، ودفعه في قضاء الدين عنه لا يستلزم أن يكون هبة ، حتى أنه يقال : إن الولد ملكه ، ولا يصح للأب الرجوع في هبة الولد . ورد بما عرفت من أنه بالدفع إلى المرأة قد انتقل عن ملكه ، وصار ملكاً لها قطعاً .

وأما الولد فلا دخل له في ذلك ، ليقل إن هبة أد إنته صار مملوكاً للولد . بل الزوج إنما استحقه بملك جديد بعد أن صار للمرأة ، للأخبار الدالة على رجوع النصف له بالطلاق .

وقال شيخنا الشهيد الثاني في المسالك : واعلم أن الشيخ في المبسوط قطع في المسألتين بعدم عود النصف المدفوع إلى الوالد كما ذكر المصنف من غير تردد ،

واتفق كلام العلامة في كتبه في أن الحكم في الصغير كذلك ، واختلف كلامه في الكبير ، ففي التذكرة والارشاد قطع بكون حكمه حكم الصغير في عود النصف إليه ، وفي التحرير قوى رجوعه إلى الأب بعد أن حكم بكونه للولد ، وفي القواعد استشكل بعد حكمه بكونه للولد أيضاً .

وبالجملة فلم يتحقق في الصغير خلاف ، وإنما هو ظاهر في الكبير ، وإنما ترد المصنف نظراً إلى ما يظهر من عدم إفادة تعليلهم المدعى ، فإن الشيخ وغيره إنما عكّلوه بكونه هبة ، والهبة لا يرجع فيها بعد إقباضها للرحم ، أو بعد التصرف فيها ، ولا يخفى قصور التعليل ، انتهى .

البحث الرابع : في التنازع ، وفيه مسائل :

الاولى : لو اختلفا في أصل المهر بأن ادعت المرأة وأنكر الزوج ، فقال : لا مهر لك عندي ، وما أشبهه ، فإن كان ذلك قبل الدخول فالظاهر أنه لا إشكال ولا خلاف في أن القول قول الزوج يمينه ، لأن مجرد العقد لا يستلزم المهر لانفكاكه عنه في صورة التفويض ، ثم يمكن استمرار براءته إلى أن يموت أحدهما قبل الدخول .

وإن كان بعد الدخول فقد أطلق الأكثر أنه كذلك أيضاً ، وهو على إطلاقه مشكل ، لأن العقد إن اشتمل على مهر فهو الواجب ، والأصل بقاؤه ، وإن لم يشتمل على مهر كان مهر المثل واجباً بالدخول ، فالقول بأن القول قول الزوج يمينه - والحال كما عرفت - مشكل .

وربما اجيب بالتمسك بالبراءة الأصلية ، وتوضيحه أن العقد لا يستلزم وجوب المهر على الزوج وكذا الدخول لا يستلزمه بل هو أعم منه ، والعام لا يدل على الخاص ، وبيان العموم أن الزوج قد يكون صغيراً معسراً زوجة أبوه ، فإن المهر في ذمة الأب ، أو يكون عبداً زوجة مولاه ، فكان المهر على المولى .

وبذلك يظهر أن الدخول لا يستلزم ثبوت المهر في ذمة الزوج ، ومنه يظهر

صحة التمسك بأصالة البراءة في مقام الاختلاف .

و فيه أنه لا خلاف نصاً وفتوى في أن تفويض البضع موجب لمهر المثل مع الدخول ، وهذا هو الذي تمسكنا به ، وما ذكر من هذين الموضعين لا ينافي ذلك ، فإننا نقول بموجبهما ، فإن ثبت هنا أن النكاح كان على أحد هذين الوجهين فلا نزاع في أن القول قول الزوج يمينه ، أما لو علم انتفاؤهما فهو محل الإشكال ، فلا يتم ما ذكره كلياً .

وبالجملة فإن ما ذكره جيد إن ثبت انتفاء التفويض ، إما باتفاقهما على ذلك ، أو قيام البيئته وما في معناها على ذلك ، لجواز أن يكون المهر المسمى ديناً في ذمة المرأة أوعيناً في يدها ، فلا يكون العقد المشتمل على التسمية بمجرد مقتضياً لاشتغال ذمة الزوج بشيء من المهر .

ونقل عن العلامة في التحرير قول آخر في المسألة ، وهو أنه إذا وقع الاختلاف في أصل المهر بعد الدخول يستفسر ، هل سمي أو لا ؟ فإن ذكر تسميته كان القول قوله مع اليمين ، وإن ذكر عدمها أزم مهر المثل ، وإن لم يجب بشيء حبس حتى يبين . واعترضه في المسالك بوجوه ، من أحب الوقوف عليها فليرجع إلى الكتاب المذكور .

وفي القواعد فصل تفصيلاً آخر ، فقال : والتحقيق أنه إن أنكر التسمية صدق باليمين ، لكن يثبت عليه - قبل الدخول مع الطلاق - المتعة ، ومع الدخول مهر المثل ، والأقرب أن دعواها إن قصرت عنها ثبت ما ادعته ، ولو أنكر لاستحقاق عقيب دعواها إيّاه أو دعواها التسمية ، فإن اعترف بالنكاح فالأقرب عدم سماعه . قال في المسالك : وهو أقل إشكالاً من الأول . ثم أطال في الكلام عليه وبيان ما اختاره في المسألة بتفصيل يقف عليه من أحب الرجوع إليه ، والمالخص عندي ما قدمنا ذكره .

وأما ما اضيف إلى ذلك من التفريعات في المسألة فمحل إشكال ، ولو كان

الاختلاف في القدر بأن ادعت الزوجة قدراً زائداً على ما أقر به الزوج ، فلا إشكال ولا خلاف في أن القول قول الزوج يمينه ، بمقتضى القاعدة الكلية المستنباة من النصوص المستفيضة ، وخصوص صحيحة أبي عبيدة^(١) عن أبي جعفر^(٢) وفي رجل تزوج امرأة فلم يدخل بها فادعت أن صداقها مائة دينار ، وذكر الرجل أنه أقل مما قالت ، وليس لها بينة على ذلك ؟ قال : القول قول الزوج مع يمينه ، إلا أنه ينبغي تقييد ذلك بما لو أطلق الدعوى ، أو ادعت هي تسمية هذا القدر في العقد ، وادعى هو تسمية الأقل ، والشيخ في المبسوط فرض المسألة في هذا القسم الأخير .

أما لو اتفقا على عدم التسمية فالواجب مهر المثل ، والاختلاف يقع حينئذ فيه ، فإن كان القدر الذي يعترف به الزوج أقل منه ، فدعواه في قوة إيفاء الزائد أو التخلص منه بالابراء ونحوه ، ومثل هذا لا يقبل قوله فيه .

وكذا مع اتفاقهما على التسمية ، واعترف بأنها أكثر ، ويدعي التخلص من الزائد بإبراء أو وفاء ونحوهما ، على أنه يمكن المناقشة أيضاً فيما فرضه في المبسوط محلاً للمسألة من الاختلاف في دعوى التسمية بأن يقال : إنه مع اختلافهما في قدر التسمية ، يكون كل منهما منكراً لما يدعيه الآخر ، ومقتضى ذلك وجوب التحالف ، والرجوع إلى مهر المثل ، إلا أنه يشكل بأن إطلاق الرواية لصحيحة شامل لهذه الصورة كما فهمه الشيخ - رحمه الله عليه - على ما فيه ممّا عرفت من الحزاة ، ومن هنا قال في القواعد : وليس بعيداً من الصواب تهديم قول من يدعي مهر المثل ، فإن ادعى النقصان وادعت الزيادة تحالفاً ، ورد إليه ، ولو كان الاختلاف في صفة المهر كالصحيح والمكسر ، والجيد والردي ، فالقول قول الزوج يمينه ، لأصالة براءة ذهنه ممّا تدعيه المرأة من الوصف الزائد ،

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٣ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٤ ح ٣٩ مع اختلاف وص ٣٧٦ ح ٨٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٢٨ ب ١٨ ح ١ .

ولا فرق في ذلك بين الدخول وعدمه ، ولا بين مالو كان ما تدعيه مهر المثل أم أقل .
 وألحق به بعض الأصحاب الاختلاف في الحلول والتأجيل ، أو في تقدير
 الأجل ، بل جعلها من أفراد الاختلاف في السفة ، واستشكله في المسالك بأن
 الأصل عدم التأجيل وعدم زيادة الأجل عما تدعيه ، فهي المنكرة وهو المدعي ،
 فتقديم قوله فيهما ممنوع ، قال : ولو قيل بالتحالف على تقدير الاختلاف في
 الصفة لأن " كلاً " منهما منكر ما يدعيه الآخر خصوصاً مع تصريح كل منهما
 بكون ما يدعيه هو الذي وقع عليه العقد كان وجهاً فيثبت مهر المثل ، إلا أن يزيد
 على ما تدعيه المرأة أو ينقص عما يدعيه الزوج ، إنتهى .

والحق جماعة من الأصحاب منهم الشيخ في المبسوط وابن إدريس و العلامة
 في التحرير اختلافهما في جنسه بالاختلاف في قدره ، كما لو قالت : المهر مائة
 دينار فقال : بل مائة درهم ، واستدلوا عليه بأن " الزوج منكر ، فيكون القول قوله .
 قال في المسالك : والاشكال فيه أقوى ، ووجه التحالف فيه أولى ، إلا أن
 الأصحاب أعرضوا عنه رأساً ، وجماعة من العامة أثبتوه في أكثر هذه المسائل حتى
 في الاختلاف في أصل المهر ، وما حققناه أنظهر .

أقول : ما ذكره من اختيار القول بالتحالف في هذه المواضع يخالف ما قدمه
 في كتاب البيع في مسألة اختلاف المتبايعين ، فإنه قد جعل لذلك ضابطة ، وهو
 ادعاء كل منهما على صاحبه ما ينفيه الآخر ، بحيث لا يتفقان على أمر ، فلو اتفقا
 على أمر خرج ذلك عن مقتضى الضابطة المذكورة ، وفي هذا الموضع قد اتفقا على
 أمر ، وإنما الاختلاف في الزيادة التي يدعيها المدعي والزيادة في الوصف أو
 الزيادة في الجنس ، وقد تقدم منّا تحقيق الكلام في ذلك في المسألة المذكورة
 في كتاب التجارة ، وتحقيق آخر أيضاً في آخر أبواب الاجارة فليرجع إليه من
 أحب الوقوف عليه . وكيف كان فالاحتياط فيما عدا المنصوص من هذه المواضع
 بالصلح ونحوه أولى .

الثانية : لو أقر بالمهر وادعى تسليمه ، وأنكر المرأة ، فمقتضى القواعد الشرعية أن القول قولها يمينها ، وبه صرح الأصحاب أيضاً بثبوتها في ذمته باعترافه وأصالة بقائه وعدم تسليمه حتى يثبت ذلك بوجه شرعي ، وأما ماورد في رواية الحسن بن زياد^(١) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : إذا دخل الرجل بامرأته ثم ادعت المهر ، وقال الزوج : قد أعطيتك ، فعليها البيئته ، وعليه اليمين ، فهي غير معمول عليها عند أصحابنا سيما مع ما في متنها من المخالفة للأصول ، فإن المهر إذا تعين في ذمة الزوج فهو المدعي للإيفاء ، وهي المنكرة ، فتكون البيئته عليه لا عليها ، وأما ماورد في معنى هذه الرواية من الأخبار التي دلت على سقوط المهر كلاً أو بعضاً بالدخول فقد تقدم الكلام فيها وأنه لا عامل بها مناً ، لمعارضتها بالأخبار الراجحة بعمل الأصحاب وموافقة الضوابط الشرعية ، تقدم ذلك في المسألة الأولى من سابق هذا البحث ، وعمل بمضمونها ابن الجنيدي ، فقال بتقديم قول الرجل في البراءة من المهر بعد الدخول ، وقولها في ثبوتها قبله .

قال في المسالك بعد نقل ذلك عنه : والمذهب هو الأول ، وأنه لا فرق بين وقوع الدعوى قبل الدخول وبعده .

أقول : لا يبعد حمل الأخبار المشار إليها على النقيض كما تقدمت الإشارة إليه .
الثالثة : لو اختلفا في المدفوع بعد أن كان قدر مهرها فقالت : دفعته هبة ، فقال : بل صداقاً ، فظاهر جملة من الأصحاب كالمحقق في الشريعة أن القول قوله لأنه أبصر بنيته ، وفصل شيخنا في المسالك في ذلك فقال : إن كان دعواها عليه أنه نوى بالدفع الهبة من غير أن يتلفظ بما يدل عليها فالقول قوله بغير يمين ، لأنه لو اعترف لها بما تدعيه لم يتحقق الهبة إلا بانضمام لفظ يدل عليها ، فلا يفتقر إلى اليمين ، وإن ادعت تلفظه بما يدل على الهبة فالقول قوله مع اليمين ، لأصالة

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٨٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٣٦٠ ح ٢٦ وص ٣٧٦ ح ٨٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ١٥ ح ٧ .

العدم ، ولأنه منكر .

أقول: وبهذا التفصيل صرح في القواعد فقال: ولو دفع مساوي المهر فادعت دفعه هبة ، قدم قوله مع اليمين إن ادعت تلفظه بالهبة ، وإلا قبل من غير يمين ، بأن تدعي أنه نوى بالدفع الهبة ، لأنه لو نواه لم يصير هبة .

الرابعة : إذا خلا بها فادعت المواقعة ، فلا يخلو إما أن تكون بكرًا أو ثيبًا ، وعلى الأول فلا إشكال ، لامكان استعمال الحال بنظر الثقة من النساء إلى ذلك ، وهو مستثنى لموضع الحاجة ، كنظر الطبيب ونحوه ، وإثما الاشكال والخلاف في الثاني ، فقيل: القول قول الرجل عملاً بالأصل ، لأن الأصل العدم حتى يثبت خلافه . وقيل: إن القول قولها عملاً بالظاهر من حال الصحيح في خلوته بالحلال مع عدم الموانع وحصول الدواعي ، وتؤيده الأخبار المتقدمة بأن إرخاء الستر يوجب المهر ، وقد تقدم الكلام في هذه الأخبار ، وأن الظاهر عدم العمل عليها . وبالجمله فمرجع الكلام هنا إلى تعارض الأصل والظاهر ، فمن عمل بظاهر

تلك الأخبار فقد رجح البناء على الظاهر ، ويكون الحكم هنا عنده هو تقديم قول المرأة بيمينها ، وأما مع عدم العمل بها فالظاهر هو ترجيح الأصل ، وبه صرح في المسالك ، فقال: لكن الأقوى تقديم الأصل ، لأن وجود القدرة والدواعي وانتفاء الصارف مظنون لأمعوم ، ومنه لا بد لفعل القادر من ترجيح ، والأصل عدمه .

الخامسة : إذا اختلف الزوجان بعد اتفاقهما على وقوع عقد نكاح بينهما في وقتين ، فادعى الزوج التكرار المحض إما على وجه الاحتياط في تصحيحه أو لقصد اشتهاؤه أو لا كذلك وادعت المرأة أن كلا منهما عقد شرعي مستقل لا مجرد تكرار ، وإن لم تذكر سبب الفرقة من العقد الأول ، لأن الدعوى تدل عليه ، فظاهر كلام الأصحاب أن القول قولها ، وعلل بأن العقد حقيقة شرعية في السبب المبيح للبضع ، واستعماله في مجرد الإيجاب والقبول المجردين عن ذلك الأثر مجاز بحسب الصورة كتسمية الصورة المنقوشة على الجدار فرساً .

بقي الكلام في أنه مع تقديم قواها فما الواجب من المهر في هذه الصورة؟ قال الشيخ في المبسوط : لو أقامت بيئنة لعقدين في وقتين فادعى الزوج التكرار وادعت صحة العقدين و تعدد النكاح قدم قولها باليمين ، والأولى أن يقول : أن يلزمه المهران معاً ، وقال بعضهم يلزمه مهر ونصف لأنه يقول : طلقها بعد الأول قبل الدخول فعلي نصف المهر ، ثم تزوجت بها ثانياً ، وهذا أقوى .

قال في المختلف وهو يدل على ترده في ذلك ، قال : وكان والدي - رحمه الله عليه - يقوي الثاني ، وشيخنا أبو القاسم جعفر بن سعيد - رحمه الله - يقوي الأول وهو الأقوى عندي لا عتراف الزوج بشبوت الأول في ذمته ، وقيام البيئنة عليه بالثاني ، وتعليل الشيخ ليس بجيد ، لأن دعواه الطلاق المتخلل بين العقدين ينافي دعوى التكرار ، و لو ادعى تخلل الطلاق كان القول قوله مع اليمين . انتهى .

أقول : وهنا قول ثالث ، لم يتعرض إليه في المختلف وهو وجوب مهر واحد و قد نقله في المسالك ثالثاً للقولين المذكورين ، و علل القول بوجوب المهرين بأن كل عقد له سبب تام في وجوب المهر والأصل استمراره ، ولأنه لا ينتصف إلا بالطلاق ، و سماع دعواه الطلاق الموجب للتنصيف ينافي دعواه التكرار كما عرفت من كلامه في المختلف ، و علل القول الثاني بأن الفرقة متحققة ليصح فرض العقد الثاني ، والوطء غير معلوم مع أن الأصل عدمه ، فيجب النصف بالعقد الأول والمهر كاملاً بالعقد الثاني .

و علل القول الثالث بأن من أسباب الفرقة ما لا يوجب مهرأ ولا نصفها كردها وإسلامها ، وفسخه بعيها قبل الدخول ، وفسخها بعيب غير العنة قبله ، أيضاً فإنه يجوز أن تكون الفرقة الموجبة لتعدد العقد من أحد هذه المذكورات ، فلا توجب شيئاً بالكليّة ، ويبقى المهر بالعقد الثاني ، على أنه يمكن أيضاً كونه مهرأ واحداً بالطلاق في الأول قبل الدخول ، وفي الثاني كذلك ، فإن كل واحد من الطلاقين موجب للنصف ، ومن المجموع يحصل مهر واحد .

وظاهر في المسالك اختيار القول الأول على تردد قال : والأقوى وجوب

المهرين لأصالة بقائهما في ذمته حتى يحصل المزيل و هو غير معلوم ، و مجرد
الفرقة أعم من كونها مسقطه وعدمه ، إلا أن يدعي عدم الاصابة والطلاق ، فيلزم
مهر و نصف ، أو يدعي الطلاق في الثاني أيضاً قبل الدخول فمهر واحد يجتمع
منهما ، أو يدعي الفسخ بأحد الأسباب الموجبة لعدم المهر مع إمكانه ، فيجب المهر
الثاني خاصة أو يدعي الطلاق قبل الدخول في الثاني فنصفه لاغير ، لكن يشكل
قبول دعواه الفسخ بالعيب ، لأصالة عدمه ، و يظهر من الشهيد في شرح الارشاد
قبوله محتجاً بأن تجويزه ينفي القطع بالزيادة على المهر الثاني ، و هذا بخلاف
دعوى الطلاق ، فإنه بفعله ، ويرجع فيه إليه ، وأما الدخول فالأصل عدمه ، كما
أن الأصل استصحاب المهر كمالاً إلا إن يدعي المزيل ، فلو سكت عن الدعوى ثبت
المهران على الأقوى ، وهذا كما يقال : إن المستودع بعد ثبوت الايداع مطالب
بها ، ومحبوس عليها مادام ساكتاً ، فإن ادعى تلفاً أو رداً صدق بيمينه ، وانقطعت
المطالبة ، إنتهى .

هذا ملخص كلامهم في المقام ، قد أوردناه لتطلع على ما وقع لهم فيه من
النقض والابرار ، والمسألة لخلوها عن النص القاطع لمادة القيل والقال لا تخلو من
الاشكال ، ولهذا كثر فيها الاحتمال وتعددت الأقوال .

المقصد الثالث في القسم والنشوز والشقاق:

فهنا مقالتان ، الاولى في القسم : و هو بفتح القاف مصدر قسم يقسم ،
وبالكسر : الحظ و النصيب ، قال : في كتاب المصباح المنير^(١) : قسمته قسماً من
باب ضرب فرزته أجزاء فانقسم ، والموضع مقسم مثل مسجد ، و الفاعل قاسم ،
وقسم مبالغة ، والاسم القسم بالكسر ، ثم أطلق على الحصة والنصيب ، فيقال : هذا
قسمي ، والجمع أقسام مثل حمل وأحمال .

(١) المصباح المنير ص ٦٩٠ .

وعرفه في المسالك بأنه حق واجب لمن يجب الاتفاق عليه من الزوجات . وأورد عليه سبطه في شرح النافع بأنه ينتقض طرداً بوطء الزوجة الواجب في أربعة أشهر ، فإن التعريف صادق عليه ، وعكساً بمن لا يجب عليه الاتفاق من الأزواج ، كالمعسر والصغير ، فإن القسم يجب عليه مع أن النفقة غير واجبة ، قال : ويمكن دفعها بتكليف ، والأمر في ذلك هين . انتهى ، والكلام هنا يقع في موارد :
الاول : لاختلاف ولا إشكال في أن لكل من الزوجين على الآخر حقوقاً واجبة ومستحبة ، ومن الواجب على الزوج النفقة والكسوة والاسكان .

ومن الواجب عليها التمكين من الاستمتاع ، وإلى ما ذكرنا يشير قوله عز وجل « قد علمنا ما فرضا عليهم في أزواجهم »^(١) وقوله عز وجل « وعاشروهن بالمعروف »^(٢) وقال « ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف »^(٣) والمراد تشبيه أصل الحقوق بالحقوق لا في الكيفية والكمية لاختلافهما .

وأما الأخبار الواردة في هذا المقام الدالة على حقوق كل منهما على الآخر فهي مستفيضة متكررة ، وقد تقدم جملة منها في الفائدة السادسة عشر من فوائد المقدمة . ومجمل حقوق الزوج عليها كما دلت عليه الأخبار المشار إليها أن طعيه ولا تعصيه ولا تتصلق من بيته إلا بإذنه ، ولا تصوم تطوعاً إلا بإذنه ، ولا تمنعه نفسها وإن كانت على ظهر قتب ، ولا تخرج من بيته إلا بإذنه ، وعليها أن تتطيب وتزین له بأطيب طيبها وأزين زينتها ، وأن لا تبیت ليلة وهو عليها ساخط وإن كان ظالمًا لها . وقال عليه السلام : « لو أمرت أحداً أن يسجد لأحد لأمرت المرأة أن تسجد »^(٤)

(١) سورة الأحزاب - آية ٥٠ .

(٢) سورة النساء - آية ١٩ .

(٣) سورة البقرة - آية ٢٢٨ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٥٠٧ ح ٦ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٧ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ١١٥ ب

٨١ ح ١ .

لزوجها» وفي خبر آخر ^(١) عنه عليه السلام «وأكثر من ذلك حقوقه عليها». ومجمل حقوقها عليه أن يكسوها ويشبعها، وإن جهلت غفر لها، وفي خبر عنه ^(٢) عليه السلام «فقلت: فليس لها عليه شيء غير هذا؟ قال عليه السلام: لا، قالت: لا والله لاتزوجت أبداً».

وفي خبر آخر ^(٣) «يسد» جوعها ويستر عورتها ولا يقبح لها وجهاً، وإذا فعل ذلك فقد والله أدى إليها حقوقها».

إذا تقرر ذلك فالواجب على كل منهما القيام بالحق الواجب عليه من غير أن يخرج صاحبه إلى طلبه له والاستعانة بالغير على ذلك.

الثاني: لاختلاف بين الأصحاب في وجوب القسمة بين الزوجات لما فيه من العدل والمعروف وحسن المعاشرة المشار إليه بقوله عز وجل «وعاشرهن» بالمعروف، ^(٤) والتأسي به عليه السلام ^(٥) فإنه كان يقسم بين زوجاته، حتى أنه كان في مرضه يظاف به بينهن، وكان يقول: هذا قسمي فيما أملك، وأنت أعلم بما لأملك» يعني المودة والميل القلبي.

وروي ^(٦) «أن علياً عليه السلام كان له امرأتان، فكان إذا كان يوم واحدة لا يتوضأ في بيت الأخرى».

وروي في كتاب عقاب الأعمال ^(٧) عنه عليه السلام «أنه قال: ومن كانت له امرأتان

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٠٨ ح ٧، الوسائل ج ١٤ ص ١١٢ ح ٢.

(٢) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ح ٢.

(٣) الكافي ج ٥ ص ٥١١ ح ٥ مع اختلاف يسير، الوسائل ج ١٥ ص ٢٢٦ ح ١.

(٤) سورة النساء - آية ١٩.

(٥) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ح ٢.

(٦) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

(٧) عقاب الأعمال ص ٣٣٣، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ب ٤ ح ١.

فلم يعدل بينهما في القسم من نفسه و ماله جاء يوم القيامة مغلولاً مائلاً شقته حتى يدخل النار .

وينبغي أن يعلم أن وجوب العدل في القسم إنما هو باعتبار المساواة فيما تقدم ذكره من الأمور الواجبة عليه من النفقة والكسوة والاسكان والمبيت والاقامة عندها في يومها وليلتها لا بالنسبة إلى المودة التي هي أمر قلبي ، لقوله عز وجل « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » الآية^(١) وإليه يشير الحديث النبوي المتقدم .

وروي في الكافي في الصحيح أو الحسن عن نوح بن شعيب وعبد بن الحسن^(٢) قال : سألت ابن أبي العوجاء هشام بن الحكم فقال له : أليس الله حكيماً ؟ قال : بل هو أحكم الحاكمين ، قال : فأخبرني عن قول الله عز وجل « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع ، فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة »^(٣) أليس هذا فرض ؟ قال : بلى ، قال : فأخبرني عن قول الله عز وجل « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم ، فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » أي حكيماً يتكلم بهذا فلم يكن عنده جواب ، فرحل إلى المدينة إلى أبي عبد الله عليه السلام فقال : يا هشام في غير وقت حج ولا عمرة ؟ قال : نعم جعلت فداك لأمر أهمتي ، إن ابن أبي العوجاء سألني عن مسألة لم يكن عندي فيها شيء ، قال : وما هي ؟ قال : - فأخبره بالقصة - فقال له أبو عبد الله عليه السلام : أما قوله عز وجل « فأنكحوا ما طاب لكم من النساء مثنى وثلاث ورباع فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة » يعني في النفقة ، وأما قوله « ولن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل فتذروها كالمعلقة » يعني في المودة ، قال : فلعلنا قدم عليه هشام بهذا

(١) سورة النساء - آية ١٢٩ .

(٢) الكافي ج ٥ ص ٣٦٢ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٦ ح ١ .

(٣) سورة النساء - آية ٣ .

الجواب وأخبره قال : والله ما هذا من عندك ^(١).

وبالجملة فإنه لا خلاف في وجوب القسمة، إنما الخلاف في أنه هل تجب بنفس العقد والتمكين، أم يتوقف على الشروع؟ قولان، المشهور - على ما نقله في المختلف - الأول، ومبنى هذا الخلاف على أن القسمة هل هي حق للزوج خاصة أو مشتركة بينه وبين الزوجة؟ وقال الشيخ في المبسوط : لا يجب عليه القسمة ابتداءً، لكن الذي يجب عليه النفقة والكسوة والمهر والسكنى، فمتى تكفل بهذا لا يلزمه القسم، لأنه حق له، فإذا أسقطه لا يجبر عليه، ويجوز له تركه، وأن يبيت في المساجد وعند أصدقائه، فأما إذا أراد أن يتبدى بواحدة منهن فيجب عليه القسمة، لأنهن ليس واحدة منهن أولى بالتقديم من الأخرى، إنهى. واعترضه في المختلف بأننا نمنع أنه حقه المختص به بحيث يكون له تركه، فإنه حق مشترك، فللمرأة المطالبة بحقوقها منه، والأخبار وردت مطلقة بالأمر بالقسمة، فإن الباقر عليه السلام قسم للحررة الثلاثين من ماله ونفسه، وللأمة الثلث من ماله ونفسه، وإلى القول بما ذهب إليه الشيخ في المبسوط ذهب المحقق في الشرايع والعلامة في التحرير، واختاره السيد السند في شرح النافع، قال - رحمه الله -

(١) أقول : روى هذه القصة علي بن إبراهيم في تفسيره عن أبي جعفر الأحول وأنه سأل رجل من الزنادقة فقال : أخبرني عن قول الله « فانكحوا ما طاب لكم من النساء - الى قوله - فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة » وقال في آخر السورة « ولئن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم فلا تميلوا كل الميل » فين القولين فر، فقال أبو جعفر الأحول : فلم يكن عندي في ذلك جواب فقدمت المدينة فدخلت الى أبي عبد الله عليه السلام فسألته عن الأيتين، فقال : أما قوله « فإن خفتم أن لا تعدلوا فواحدة » فإنما عني في النفقة، وأما قوله ولئن تستطيعوا أن تعدلوا بين النساء ولو حرصتم » فإنما عني في المودة، فإنه لا يقدر أحد أن يعدل بين امرأتين في المودة. فرجع أبو جعفر الى الرجل فأخبره فقال : هذا شيء حلت الأبل من الحجاز، إنتهى. (منه - رحمه الله -). تفسير القمي ج ١ ص ١٥٥ طبع النجف.

بعد نقل ذلك عن هؤلاء المذكورين: وهو المعتمد تمسكاً بمقتضى الأصل السالم عما يصلح للمعارضة، فإن الأخبار الواردة في هذا الباب قليلة جداً وليس فيها ما يدل على وجوب القسم ابتداءً بخصوصه أو إطلاقه كما يظهر للمتتبع، وكذا الكلام في التأسّي، فإنه لم يثبت أن النبي ﷺ قسم بين نسائه ابتداءً على وجه الوجوب ليجب التأسّي به في ذلك، على أن المشهور بين الخاصة والعامة أن القسم لم يكن واجباً عليه ﷺ، إنتهى.

أقول: والحق أنه لا دليل في الأخبار على شيء من القولين، إلا أن ما ذهب إليه الشيخ ومن تبعه مؤيد بالأصل كما ذكره السيد السند، فلا يبعد ترجيحه لذلك، وأدلة القول المشهور كلها مدخولة كما بسط عليه الكلام في المسالك.

الثالث: ينبغي أن يعلم أن مما يتفرع على الخلاف المتقدم كما صرح به الأصحاب أيضاً أنه لو لم يكن له إلا زوجة واحدة فعلى المشهور من وجوب القسم ابتداءً، فإن لها ليلة من أربع ليال يبيت فيها عندها، وثلاث له يضعها حيث يشاء، لأن الله تعالى أباح له أن ينكح أربع نساء لأزيد، فللواحدة من الأربع ليلة، فإذا انقضت الأربع وجب أن يبيت عندها ليلة، ثم له ثلاث يضعها حيث يشاء وهكذا، ومن كان له زوجتان فلكل واحدة ليلة من الأربع، واثنان من الدور له، يضعهما حيث يشاء، ومن كان له ثلاث زوجات يبقى له من الدور ليلة يضعها حيث يشاء، ومن كان له أربع فقد كل الدور لهن فليس له شيء زائد، ولم يكن له الاخلال بالمبيت عند صاحبة الليلة أبداً مع الاختيار، وعدم الاذن، وكل ما فرغ الدور استأنف الدور على الترتيب الذي فعل في الدور الأول وله أن يخص بعض الزوجات بالليلة التي له، إلا أن الفضل المساواة بينهما. وأما على القول الآخر من عدم الوجوب إلا إذا ابتداء، فلولم يكن عنده إلا زوجة واحدة لم يجب القسم لها مطلقاً، بل له أن يبيت عندها متى شاء، ويعتزلها متى شاء، ومن كانت عنده زوجتان فإنه لا يجب عليه القسم لها ابتداءً.

بل له أن يبيت حيث يشاء ، فإن بات عند واحدة منهن ليلة وجب عليه أن يبيت عند الاخرى ، مراعاة للعدل بينهما ، وعملاً بالأمر بالمعاشرة بالمعروف . ونحو ذلك من الأدلة الدالة على وجوب العدل كما تقدم ، فإذا سادى بينهما في المبيت كما ذكرنا جازله اعتزالهما وترك القسمة إلى أن يبيت عند واحدة منهما فيلزمه المبيت عند الاخرى لما تقدم ، وهكذا ، ومثله يأتي فيما لو كان عنده ثلاث أو أربع ، فإنه بعد كمال دوره عليهن " والمساواة بينهما " في ذلك الدور له الاعراض عنهن كما في الابتداء .

و من الأخبار الواردة في المقام ما رواه الشيخ في التهذيب^(١) عن الحسن ابن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألته عن الرجل يكون له امرأتان وإحداهما أحب إليه من الاخرى ، أله أن يفضلها بشيء ؟ قال : نعم له أن يأتيها ثلاث ليال ، والاخرى ليلة ، لأن له أن يتزوج أربع نساء ، فليلتاه يجعلهما حيث يشاء - إلى أن قال : - وللرجل أن يفضل نساءه بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً .

وما رواه في الفقيه^(٢) في الصحيح عن العلا عن محمد بن مسلم قال : سألته عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الاخرى ؟ قال : له أن يأتيها ثلاث ليال والاخرى ليلة ، فإن شاء أن يتزوج أربع نساء كان لكل امرأة ليلة ، ولذلك كان له أن يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً .

وما رواه في التهذيب^(٣) في الصحيح عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سئل عن الرجل يكون عنده امرأتان إحداهما أحب إليه من الاخرى ، أله أن يفضل إحداهما على الاخرى ؟ قال : نعم يفضل بعضهن على بعض ما لم يكن أربعاً .

-
- (١) التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٠ ح ٢ .
 (٢) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ٣ .
 (٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٠ ح ١ .

و ما رواه في كتاب قرب الاسناد^(١) عن علي بن جعفر عن أخيه عليه السلام قال : سألته عن رجل له امرأتان هل له أن يفضل إحداهما على الأخرى ؟ قال : له أربع ، فليجعل لواحدة ليلة ، وللأخرى ثلاث ليال ، قال : وسألته عن رجل له ثلاث نسوة ، هل له أن يفضل إحداهن ؟ قال : له أربع ليال فليجعل لواحدة إن أحب ليلتين ، وللأخرين لكل واحدة ليلة ، وفي الكسوة و النفقة مثل ذلك . وغاية ما تدل عليه هذه الأخبار ونحوها هو أنه يجوز له التفضيل بما له من ليالي الدور بمن شاء من نسائه ما لم يكن أربعاً .

وأما مانحن فيه من الخلاف فلا دلالة ولا إشارة في هذه الأخبار إليه ، وقد عرفت أنه على المشهور يجب عليه استئناف الدور كلما فرغ وعلى القول الآخر لا يجب عليه بل له أن يبيت حيث شاء إلى أن يبيت عند واحدة منهن ، فيجب عليه المبيت عند الأخرى متحدة أو متعددة .

ومما يتفرع على القولين أنه لو كان عنده منكوحات لا يجب لهن قسمة ، فعلى الأول بعد تمام الدور لا يجوز له المبيت عند واحدة منهن إلا بإذن مستحقة تلك الليلة ، وعلى الثاني يجوز له المبيت عند كل من لا يستحق قسمته إلى أن يبيت عند واحدة من ذوى القسم فيجب عليه إتمام الدور ، و له بعد تمام الدور أن يعدل إلى من لا يستحق قسمة ، وذلك واضح ، والله العالم .

الرابع : لا خلاف ولا إشكال في أن أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجة ليلة ليلة فإنه هو المستفاد من الأخبار و من سيرة النبي ﷺ والأئمة الأبرار عليهم السلام وإنما الخلاف والاشكال في الزيادة .

فقيل : يجوز أن يجعلها أزيد من ليلة ، ونقل عن الشيخ في المبسوط وجمع من الأصحاب ، للأصل و حصول الغرض حيث تحصل التسوية بينهن في الزمان ، ولأن الحق له ، فتقديره إليه ، وحقهن إنما هو في العدل و التسوية وهو متحقق .

(١) قرب الإسناد ص ١٠٨ مع إختلاف يسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٨ ب ٩ ح ٢٠١ .

وقيل : لا يجوز الزيادة على ليلة ، وهو اختيار المحقق في الشرايع وغيره ، والظاهر أنه المشهور بين المتأخرين تأسيساً بالنبي ﷺ ، ولما فيه من الاضرار والتضير ، إذ قد يحصل لبعضهن القسم ، ويأخذه ما يقطعه عن القسم للباقيات ، ولا يخفى ما في هذه التعليقات العليقة من الضعف والقصور لو جوزنا بناء الأحكام الشرعية على مثلها ، وقد أوضحه شيخنا في المسالك .

وبالجملة فإنه بالنظر إلى تعليلاتهم في المقام ، فالأول هو الأقرب ، وقد اختلفوا أيضاً في أنه على تقدير جواز الزيادة ، فهل لها قدر محدود ؟ ففي المبسوط قدرها بثلاث ليل ، واعتبر في الزائد عنها رضاهن .

ونقل عن ظاهر ابن الجنيّد جواز جعلها سبعاً ، والظاهر - كما أشرنا إليه في غير موضع مما تقدم سيّما في كتب المعاملات - أن هذه التفرعات ونحوها الأصل فيها العمارة ، والشيخ حذا حذوهم كما هي عادته في المبسوط ، ومن تأخر عن الشيخ أخذ ذلك عنه ، وهي بمعزل عن الأخبار ، والكلام فيها بمثل هذه التخرصات والتخريجات مشكل ، وطريق الاحتياط يقتضي الوقوف على القسمة ليلة ليلة ، من غير زيادة ولا نقصان ، فإنه هو المعلوم من سيرته ﷺ وسيرة أبنائه الطاهرين عليه السلام وشيعتهم الماضين .

الخامس : إذا أراد القسمة سواء قلنا بوجوبها ابتداءً أو بعد الاختيار ، فقد اختلف الأصحاب في كيفية البداية ، فهل له أن يبدأ بمن شاء منهن ، ثم يختار ثانياً وثالثاً إلى أن يتم الدور على العدد الذي عنده ، ولا يتوقف ذلك على القرعة ؟ أو أنه يجب الرجوع إلى القرعة ؟ قولان ، المشهور الأول ، وهو اختيار المحقق في الشرايع والشارح في المسالك ، وعلى الثاني فمن خرج اسمها بدأ بها ، فإن كانتا اثنتين اكفى بالقرعة مرة واحدة ، لأن الثانية تعينت ثانياً ، وإن كن ثلثاً أقرع بين الباقيين في الليلة الثانية ، وإن كن أربعاً أقرع بين الثلاث ثانياً ثم بين الاثنين ثالثاً تحرراً عن التفضيل والترجيح ، ولأنه ليس واحدة منهن أولى

بالتقديم من الأخرى، فالتقديم بالقرعة عدل، ولأن تقديم واحدة بغير قرعة يقتضي الميل إليها فيدخل في الوعيد السابق من الخبر النبوي، ولأن النبي ﷺ كان يقرع بين نسائه إذا أراد سفراً ويصحب من أخرجهما القرعة، ومن هذا الكلام علم أدلة القول الثاني.

وأما الأول فاستدل عليه في المسالك بالأصل، ولأنه على القول بعدم وجوب الابتداء بالقسمة، بسبيل من الاعراض عنهم جميعاً، ولما لم يثبت عند بعضهم لا يلزم شيء للباقيات، فلا يحتاج إلى القرعة ابتداءً، قال: وهذا أقوى، وهو الذي اختاره المصنف والأكثر.

أقول: والكلام في هذا الفرع كثير مما تقدم مما لاص فيه ولا دليل عليه، ولهم فيه تفرعات ليس في التطويل بها مزيد فائدة بعد ما عرفت من عدم ثبوت الأصل.

السادس: قد صرح الأصحاب بأن الواجب في القسمة هو المضاجعة ليلاً دون المجامعة، والمراد بالمضاجعة النوم معها على فراش واحد قريباً منها عادة بحيث لا يبعد هاجراً وإن لم يتلاصقا، قالوا: ويدل عليه التأسي، وظاهر قوله تعالى «وعاشروهن بالمعروف».

أقول: ويشير إليه أيضاً قوله عز وجل «وجعلنا الليل لباساً» الآية، روى الصدوق - رحمه الله عليه - في كتاب علل الشرايع^(١) بإسناده إلى عبد الله بن زيد بن سلام أنه سأل رسول الله ﷺ فقال: أخبرني لم سميت الليل لباساً؟ قال: لأنه يلائل الرجال من النساء، جعله الله عز وجل الفة ولباساً، وذلك قول الله عز وجل «وجعلنا الليل لباساً وجعلنا النهار معاشاً»^(٢) فقال: صدقت يا محمد ﷺ، الحديث. وأما الواقعة فلا تنجب عند الأصحاب إلا في كل أربعة أشهر مرة وقد تقدم

(١) علل الشرايع ص ٣٣ ط النجف الأشرف.

(٢) سورة النبأ - آية ١٠ و ١١.

أن "مورد الخبر إنما هو المرأة الشابة لامطلقاً .

و أما النهار فالمشهور أنه لا قسمة فيه ، وجوب القسمة مختص بالليل لقوله سبحانه « وجعلنا النهار معاشاً » أي لتحصيل المعاش ، وهو وقت التردد والانتشار في الحوائج .

و ربما ظهر من كلام الشيخ في المبسوط وجوب الكون مع صاحبه الليلة نهاراً ، فإنه قال : قد بينا أن القسم يكون ليلاً ، و كل امرأة قسم لها ليلاً فإن لها نهار تلك الليلة ، فإن أراد أن يتدىء بالنهار جاز ، وإن أراد أن يتدىء بالليل جاز ، لكن المستحب أن يتدأ بالليل .

وقريب منه كلام العلامة في التحرير ، لكنه جعل النهار تابعاً لليلة الماضية فقال : النهار تابع لليلة الماضية فلصاحبته نهار تلك الليلة ، لكن له أن يدخل فيه إلى غيرها لحاجة كعبادة أو دفع نفقة أو زيارتها أو استعمال حالها ، أو لغير حاجة ، وليس له الاطالة ، والأقرب جواز الجماع ولو استوعب النهار قضاء لصاحبة الليلة ، إنتهى .

و نقل عن ابن الجنيد أنه أضاف إلى الليلة القيلولة ، و لم نقف له على مستند بالخصوص .

أقول : والذي وقفت عليه من الأخبار المتعلقة بالمقام مارواه المشايخ الثلاثة^(١) عن إبراهيم الكرخي « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن رجل له أربع نسوة ، فهو يبيت عند ثلاث منهن في لياليهن ويمسهن ، فإذا نام عند الرابعة في ليلتها لم يمسها ، فهل عليه في هذا إثم ؟ قال : إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها ويظل عندها صبيحتها ، وليس عليه أن يجامعها إذا لم يرد ذلك » .

وظاهر هذه الرواية تخصيص المقام عندها نهاراً بصبيحة تلك الليلة ، وهي

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٤ ح ٣٤ ، التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١١ ، الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٤ ب ٥ ح ١ .

عبارة عن أول النهار ، ويحتمل على بعد كون هذا التعبير كناية عن مجموع النهار أيضاً .

وكيف كان فإنه يظهر ضعف قول من استدل بهذه الرواية لابن الجنيدي ، والأصحاب - لضعف الرواية بالراوي المذكور - حملوها على الاستحباب ، فإنه لا قائل بها على ظاهرها ، وقد تقدمت الرواية عن علي عليه السلام ^(١) وإنه كان له امرأتان فكان إذا كان يوم واحدة لا يتوضأ في بيت الأخرى ، ولعله محمول على الفضل والاستحباب ، ثم إن ما تقدم ذكره من تخصيص القسم بالليل ليس المراد به أنه يجب المقام عندها من أول الليل إلى آخره بل يجب الرجوع إلى ما جرت به العادة من كون ذلك بعد قضاء الخوائج كالصلاة في المسجد ومجالسة الضيف ونحو ذلك . نعم ليس له الدخول في تلك الليلة عند ضررتها إلا للضرورة فيما قطع به الأصحاب ، ومن الضرورة عيادتها إذا كانت مريضة ، وقيدته في المبسوط بما إذا كان المريض ثقیلاً ، وإلا لم يصح ، فإن مكث عندها وجب قضاء زمانه ما لم يقصر بحيث لا يعد إقامة عرفاً ، فيأثم خاصة ، قيل : هذا كله فيمن لا يكون كسبه اياً كالحارس وشبهه ، وإلا فعماد القسمة في حقهم النهار ، وحكم الليل عندهم كنهار غيرهم ، والنهار كالليل عند غيرهم في جميع ما ذكر .

السابع : إذا اجتمع عنده حرة وأمة بالعقد فالمشهور أن الأمة ليلة وللحرة ليلتين ، وهو مبني على جواز الجمع بينهما ، كما تقدم تحقيقه في موضعه ، فكل موضع يجوز الجمع بينهما فإن المحرة الثلثين ، والأمة الثلث على المشهور ، ونقل عن الشيخ المفيد ^(٢) - رحمه الله عليه - أن الأمة لا قسمة لها ، والأخبار تردده .

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣ .

(٢) أقول : صورة كلامه على ما نقله في المختلف أنه قال : وهذا الحكم يعني القسمة في حرائر النساء ، فأما الإماء وملك اليمين منهن فله أن يقسم بينهما كيف شاء ، ويقوم عند كل

ومنها مارواه الشيخ ^(١) في الصحيح عن محمد بن مسلم عن أحدهما عليهما السلام : قال : سألته عن الرجل يتزوج المملوكة على الحرية ؟ قال : لا ، فإذا كانت تحت امرأة مملوكة فتزوج عليها حرة قسم للحرية مثلي ما يقسم للمملوكة .

وعن محمد بن قيس ^(٢) في الموثق عن أبي جعفر عليه السلام : قال : قضى في رجل نكح أمة ثم وجد طولاً - يعني استغناء - ولم يشته أن يطلق الأمة نفسه فيها ، فقضى أن الحرية تنكح على الأمة ، ولا تنكح الأمة على الحرية إذا كانت الحرية أولهما عنده ، وإذا كانت الأمة عنده قبل نكاح الحرية على الأمة ، قسم للحرية الثلثين من ماله ونفسه - يعني نفقته - وللأمة الثلث من ماله ونفسه .

وعن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام ^(٣) : قال : سألته عن الرجل يتزوج الأمة على الحرية ؟ قال : لا يتزوج الأمة على الحرية ويتزوج الحرية على الأمة ، وللحرية ليلتان وللأمة ليلة .

ومارواه في الكافي ^(٤) والتهذيب ^(٥) عن أبي بصير : قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن نكاح الأمة ، قال : يتزوج الحرية على الأمة - إلى أن قال : - وإن اجتمعت عندك حرة وأمة فللحرية يومان وللأمة يوم ، الحديث .

ومارواه الصدوق في الفقيه ^(٦) مراسلاً : قال : قال أبو جعفر عليه السلام : تزوج

واحدة منهن ما شاء ، وليس للآخرى عليه اعتراض في ذلك بحال . قال في المختلف : وهذا يوهم أنه لا حق للأمة المزوجة في القسم ، فإن قصد شيخنا المفيد عدم القسمة صارت المسألة خلافية وإلا فلا ، انتهى . (منه - قدس سره -).

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٨ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ١ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٦ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٢ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٣ .

(٤) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٣ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٢ ح ٢ .

(٥) التهذيب ج ٧ ص ٣٣٥ ح ٤ ، الوسائل ج ١٤ ص ٥٢٨ ح ٤ .

(٦) الفقيه ج ٣ ص ٢٧٠ ح ٦٩ ، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٧ .

الأمة على الأمة ولا تزوج الأمة على الحرة، وتزوج الحرة على الأمة، فإن تزوجت الحرة على الأمة فللحرة ثلثان وللأمة الثلث، وليلتان وليلة.

ومارواه في الكافي^(١) في الصحيح عن ابن مسكان عن أبي بصير في حديث «قال: ولا بأس أن يتزوج الحرة على الأمة، فإن تزوج الحرة على الأمة فللحرة يومان وللأمة يوم».

وفي رواية محمد بن الفضيل^(٢) عن أبي الحسن عليه السلام قال قسم للحرة يومان وللأمة يوم، إلى غير ذلك من الأخبار الجارية في هذا المضمار.

قال في المسالك: والمشهور أن للأمة نصف حق الحرة، ولما كانت القسمة لا تصح من دون ليلة كاملة جعل للحرة ليلتين، وللأمة ليلة، وليكن ذلك من ثمان جمعاً بين حقهما وحق الزوج، فيكون الذي له منها خمس ليال ولهما ثلاث، هكذا ذكره جماعة من المتأخرين، ولا يخلو من نظر لأن تنصيف الليلة في القسمة يجوز لعوارض كما سيأتي، فإن لم يجز ابتداءً فلأمانع من كونه هنا كذلك، ولما كان الأصل في دور القسمة أربع ليال فالعدول إلى جملة من ثمان بمجرد ذلك مشكل.

أقول: الظاهر أن منشأ هذا الكلام هو الاجمال الذي في بعض هذه الروايات كما في صحيحة محمد بن مسلم^(٣) وهي التي أوردوها في هذا المقام من قوله «قسم للحرة مثلي ما قسم للمملوكة» ونحوها موثقة محمد بن قيس^(٤) المشتعلة أيضاً على الثلثين والثلث، فإن ذلك يمكن بجعل نصف ليلة للأمة، وليلة كاملة للحرة فيكون الدور من أربع، ولا يتوقف صحة القسمة على جعل ليلة كاملة للأمة

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٦٠ ح ٩، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٣.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٣٤٤ ح ٤٠، الوسائل ج ١٤ ص ٣٩٣ ح ٤.

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٨، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ١.

(٤) التهذيب ج ٧ ص ٤٢١ ح ٦، الوسائل ج ١٥ ص ٨٧ ح ٢.

وليلتين للحرّة كما ذكره ، ولما فيه من أنّه يلزم الخروج عن الدور الأول بجعل ثمان ليال .

و فيه أنّه لا يخفى أنّ جملة من أخبار المسألة قد خرجت مجملة كما حكيناه ، وجملة قد اشتملت على التفصيل ، وتعيين القسمة بكونها ليلتين و ليلة ، ويومين و يوماً ، فإذا حمل مجملها على مفصلها و مبهمها على مبينها ظهر أنّ القسمة إنّما هي على ما ذكره الأصحاب لا ما ذكره هو ، وإيراده بأنّ الدور يلزم أن يكون من ثمان لا خير فيه ، بعد اقتضاء ما تضمنته الأخبار له ، وحينئذٍ فالعمدة فيما ذكره الأصحاب - من جعل القسمة ليلة و ليلتين - إنّما هو الأخبار ، والظاهر أنّها لا تصحّ بدون ذلك ، وإلاّ لوقعت الإشارة إليه فيها ، ولعلّ الوجه في ذلك دون أن يكون بنصف ليلة و ليلة كاملة كما ذكر أنّ في ذلك رفعاً للاستئناس و تنقيصاً للعيش مضافاً إلى تعسر ضبط النصف غالباً ، فلا يصحّ أن يكون مناطاً للأحكام الشرعيّة ، و بذلك يتّضح لك ما في قوله و فالعدول إلى جعله من ثمان بمجرد ذلك مشكل ، فإنّ العدول إنّما وقع لاقتضاء الأخبار - الدالة على القسمة بالليلة و الليلتين - ذلك ، و اتّفاقها على ذلك بعد حمل مجملها على مبينها لا بمجرد ما نوههم .

قيل : و يجب تفريق ليلتي الحرّة في الثمان الذي هو الدور ، بأن يكون واحدة في الأربع الاولى ، و الثانية في الأربع الثانية ليقع لها من كلّ أربع واحدة إن لم ترض بغيره .

وفيه أنّ إطلاق الأخبار المذكورة يدفعه ، والله العالم .

هذا ولو اجتمع عنده حرّة و زوجة كتابيّة ، فالمشهور بين الأصحاب من غير خلاف يعرف أنّ للكتابيّة مثل ما للأمة في هذه الصورة ، فلها ليلة و للحرّة المسلمة ليلتان .

والمستند في ذلك ما رواه في الكافي^(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله « قال: سألت أبا عبد الله عليه السلام: هل للرجل أن يتزوج النصرانية على المسلمة والأمة على الحرة؟ فقال: لا يتزوج واحدة منهما على المسلمة، ويتزوج المسلمة على الأمة والنصرانية، وللمسلمة الثلثان، وللأمة والنصرانية الثلث ». .

وبذلك يظهر ما في كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك من إنكار النص في هذه المسألة حيث قال: مساواة النصرانية للأمة في القسمة لانص عليه ظاهراً، لكنّه مشهور بين الأصحاب، وذكر ابن إدريس أنّه مروي، وربما استدلل له باقتضاء الاسلام أن يعلو على غيره، ولا يعلو عليه، فلو ساءت المسلمة لزم عدم العلو، وفيه نظر، لأنّ مثل ذلك لا يقاوم الأدلة العامة المتناولة لها إلى آخره. والعجب أيضاً من سبطه السيّد السند في شرح النافع حيث قال - بعد أن أورد الرواية المذكورة مستنداً للحكم المذكور - ما لفظه: وسندها معتبر إذ ليس فيه من يتوقف في حاله سوى عبد الله بن محمد بن عيسى الأشعري، فإنّه غير موثق، لكن كثيراً ما يصف الأصحاب روايته بالصحة، مع أن عدم ظهور الخلاف في المسألة كافٍ في إثبات هذا الحكم، إنتهى .

أقول: لا يخفى ما فيه على الفطن النبيه من الوهن والتستّر بما هو أوهن من بيت العنكبوت وإنّنه لأوهن البيوت، ولكن هذا عادة أصحاب هذا الاصطلاح المحدث إذا ضاق عليهم الخناق واضطروا إلى العمل بالرواية الضعيفة باصطلاحهم لستروا بأمثال هذه الأعذار السخيفة، وهو أظهر دليل على ضعف اصطلاحهم كما تقدم تحقيقه في غير موضع .

وكذا قوله « مع أن عدم ظهور الخلاف في المسألة كافٍ في إثبات الحكم، فإنّ فيه أن غاية ما يستندون إليه مع فقد النص الاجماع، وهو هنا ممّا لم يدعه أحد، ومجرد عدم ظهور الخلاف لا يدلّ على العدم، والأحكام الشرعية مطلوب فيها وجود الأدلة الشرعية، وإلا كان قولاً على الله بغير علم، فيدخل قائله تحت

(١) الكافي ج ٥ ص ٣٥٩ ح ٥، الوسائل ج ١٤ ص ٤١٩ ح ٣ .

ثم الآيات والروايات المتضمنة لذلك .

وبالجملة فإن كلامه - رحمه الله عليه - هنا بمحل من الضعف والقصور . قالوا : و لو كانت الزوجة أمة كتابية ، فالظاهر أنها تستحق من القسم نصف ما تستحقه الأمة المسلمة فيكون لها مع الحرية المسلمة ربع القسم ، فتصير القسمة من ستة عشر ليلة للأمة الكتابية منها ليلة ، وللحرية المسلمة أربع ، والباقي للزوج ، حيث لا يكون له غيرهما ، ولا يخفى أن اجتماع المختلفات يتشعب إلى صور كثيرة تعرف أحكامها بالمقايسة إلى ما ذكرناه .

الثامن : المشهور بين الأصحاب أن البكر تختص عند الدخول بسبع ، والثيب بثلاث ، وبه صرح المحقق في الشرايع ، وقال في النافع : وتختص البكر عند الدخول بثلاث إلى سبع ، والثيب بثلاث . ونقل عن الشيخ في النهاية وكتابي الأخبار أن اختصاص البكر بالسبع على وجه الاستحباب ، وأما الواجب لها ثلاث ، والظاهر أن عبارة النافع مبنية على هذا القول .

وقال ابن الجيند : إذا دخل ب بكر وعنده ثيب واحدة فله أن يقيم عند البكر أول ما يدخل بها سبعا ثم يقسم ، وإن كان عنده ثلاث ثيب أقام عند البكر ثلاثاً حق الدخول ، فإن شاء أن يسلفها من يوم إلى أربعة تمتع سبعة ويقيم عند كل واحدة من نسائه مثل ذلك ثم يقسم لهن جاز ، والثيب إذا تزوجها فله أن يقيم عندها ثلاثاً حق الدخول ، ثم يقسم لها ولهن عنده واحدة كانت أو ثلاثاً قسمة متساوية ، انتهى .

والأصل في ذلك الأخبار وباختلافها ، اختلفت هذه الأقوال في مقام الجمع بينها ، فالواجب أولاً نقل ما وصل إلينا من أخبار المسألة ، ثم الكلام بما وفق سبحانه لفهمه منها بيركة أهل الذكر ﷺ .

فمنها ما رواه في الكافي^(١) عن عبد الرحمن بن أبي عبد الله عن أبي عبد الله عليه السلام .

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ ح ٤٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٤ .

« في الرجل تكون عنده المرأة فيتزوج اخرى ، كم يجعل للتي يدخل بها ؟ قال : ثلاثة أيام ، ثم يقسم » وهذه الرواية كما ترى مطلقة ، وليس فيها دلالة على خصوص شيء من الفردين اللذين هما محل البحث .

ومارواه في الكافي^(١) عن هشام بن سالم في الصحيح أو الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام « في الرجل يتزوج البكر ، قال : يقيم عندها سبعة أيام » .

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٢) عن الحضرمي عن محمد بن مسلم « قال : قلت لأبي جعفر عليه السلام : رجل تزوج امرأة وعنده امرأة ؟ فقال : إن كانت بكرًا فليبيت عندها سبعة ، وإن كانت ثيبًا فثلاثاً » .

وعن ابن أبي عمير عن غير واحد عن محمد بن مسلم^(٣) « قال : قلت : الرجل يكون عنده المرأة يتزوج الاخرى ، أله أن يفضلها ؟ قال : نعم ، إن كانت بكرًا فسبعة أيام ، وإن كانت ثيبًا فثلاثة أيام » وهذه الرواية رواها الصدوق في كتابه عن ابن أبي عمير ، وطريقه اليه صحيح ، فتكون الرواية صحيحة ، ولا يضر الإرسال ، إن لم يكن مؤكداً للصحة ، لأن الرواية عن غير واحد مما يؤذن بالاستفاضة ، وهي أظهر في الصحة عن الرواية عن الثقة المتحد ، وهذه روايات السبع .

ومارواه الشيخ في التهذيب^(٤) عن الحسن بن زياد عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث قد تقدم قريباً ، قال فيه : « قلت : فيكون عنده المرأة فيتزوج جارية بكرًا ؟ قال : فليفضلها حين يدخل بها بثلاث ليل » الخبر .

وعن سماعة^(٥) في الموثق « قال : سألت عن رجل كانت له امرأة فيتزوج عليها ، هل يحل له أن يفضل واحدة على الاخرى ؟ قال : يفضل للمحدثه حدنان

(١) الكافي ج ٥ ص ٥٦٥ ح ٣٩ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٣ .

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٥ .

(٣) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٤ بتفاوت في السند والمتن ، الفقيه ج ٣ ص ٢٦٩ ح ٦٦ ، الوسائل

ج ١٥ ص ٨١ ح ١ .

(٤) و(٥) التهذيب ج ٧ ص ٤١٩ ح ١٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٧٠ .

عرسها بثلاثة أيام إذا كانت بكرًا ثم يسوي بينهما بطيبة نفس إحداهما للآخرى.
وعن الحلبي^(١) في الصحيح عن أبي عبد الله عليه السلام في حديث تقدم ، قال فيه :
« وقال : إذا تزوج الرجل بكرًا وعنده ثيب فله أن يفضل البكر ثلاثة
أيام » وهذه روايات الثلاث .

هذا ما وقفت عليه من الأخبار في المسألة ، و الشيخ قد جمع بينها بحمل
أخبار السبع على الجواز ، و الثلاث على الأفضل ، قال : لأن الأفضل أن لا يفضل
البكر أكثر من ثلاث ليال عندنا في عرسها .

أقول : ظاهر حنة محمد بن مسلم وجوب السبع للبكر والثلاث للثيب ،
لقوله فيها « فليت » وهو أمر باللام ، إلا أنه يعارضها في ذلك لفظ الأمر أيضاً
بالتفصيل بثلاث في رواية الحسن بن زياد ، و الظاهر أنه لامندوحة عما ذكره
الشيخ من الجمع المذكور ، وأن البكر أكثر ما يفضل به السبع ، وأقله الثلاث ،
والثيب بالثلاث خاصة .

إنما يبقى الكلام في الوجوب ، وأكثر أخبار المسألة ظاهر في الجواز
مثل قوله « وله أن يفضل » ويحمل الأمر في الروابطين اللتين ذكرناهما على
على الاستحباب ، وأن أقل مراتبه الثلاث وأكثرها السبع ، ولم أقف على مصرح
بالوجوب صريحاً في كلامهم .

بقي الكلام هنا في مواضع : الأول : ظاهر النص و الفتوى أنه لا فرق في
الزوجة بين الحرة والأمة ، ولا في الثيب بين من ذهبت بكارتها بجماع أو غيره ،
ونقل عن العلامة في النهاية أنه استقرب تخصيص الأمة بنصف ما تختص به ، لو
كانت حرة ورجع في القواعد المساواة ، والروايات كما ترى مطلقة .

الثاني : قال في المسالك : يجب التوالي في الثلاث والسبع ، لأن الغرض
لا يتم إلا به ، ويتحقق بعدم خروجه في الليل إلى عند واحدة من نسائه مطلقاً

(١) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٠ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٢ ح ٦ .

على حد ما يعتبر في القسمة ، ولا إلى غيرها لغير ضرورة أو طاعة كصلاة جماعة ونحوها مما لا يطول زمانه ، وإن كان طاعة لأن المقام عندها واجب فهو أفضل من المندوب .

أقول : ظاهر هذا الكلام وجوب السبع والثلاث ، وهو مشكل لعدم الدليل الواضح عليه من الأخبار ، وجملة منها إنما دلت على أن له أن يفضل ، وظاهر هذه العبارة إنما هو الجواز ، وأما بعض الأخبار الدالة على ذلك بلفظ الأمر فقد عرفت ما فيه من تعارض الخبرين بالثلاثة في أحدهما والسبعة في الآخر ، ولا طريق في الجمع بينهما إلا بحمل الأمر على الاستحباب والترتيب فيه بمعنى أن أقل أفراد الفضل ثلاثة وأكثرها سبعة .

و بالجملة فالقول بالوجوب يحتاج إلى دليل من النصوص واضح الدلالة صريح المقالة ، و ظاهر كلامه أن مستنده في الوجوب إنما هو الغرض المترتب على ذلك ، و هو إشارة منه إلى ما قدمه في صدر البحث حيث قال - بعد ذكر تخصيص البكر بسبع ، والثيب بثلاث - ما لفظه : والمقصود منه أن ترتفع الحشمة وتحصل الالفه والأنس ، وخصت البكر بزيادة ، لأن حيائها أكثر . إنتهى ، وفيه أن هذه العلّة غير منصوصة بل هي مستنبطة فلا يكون حجة .

وبالجملة فإنّي لأعرف على الوجوب دليلاً واضحاً ، وأصاله براءة الذمة أقوى مستمسك حتّى يقوم دليل واضح على ما يوجب شغلها . نعم ما ذكره من من التوالي هو المتبادر من ظواهر الأخبار المذكورة ، وأما كونه على جهة الوجوب فغير واضح .

و وجه استفادة التوالي منها كما ذكرنا هو قوله ﷺ في رواية عبد الرحمن ابن أبي عبد الله «ثلاثة أيّام ثم يقسم ، وفي موثقة سماعة «ثلاثة أيّام ثم يسوي بينهما ، فإن ظاهرهما هو توالي الثلاثة ثم القسمة الشرعيّة بعد ذلك ، على أنهم صرحوا في مسألة ثلاثة أيّام التي هي أقلّ الحيض وعشرة أيّام الإقامة بأن المتبادر

من ذلك هو التوالي ، والظاهر أنه هنا كذلك .

ويعضده أن التوالي هو المعمول عليه في جميع الأعصار والأمصار من زمن النبي ﷺ إلى يومنا هذا ، وإطلاق الأخبار إنما يحمل على الأفراد المتعارفة المتكررة دون الفروض النادرة التي ربما لا توجد ، وإنما تذكر فرضاً كما هنا .
الثالث : روى الصدوق في كتاب علل الشرايع^(١) عن محمد بن الحسن عن الصفار عن أحمد بن محمد عن الحسين بن سعيد عن الحسين بن علوان عن الأعمش عن عباية الأسدي عن عبدالله بن عباس في حديث « أن رسول الله ﷺ تزوج زينب بنت جحش فأولم وأطعم الناس - إلى أن قال : ولبت سبعة أيام بلياليهن عند زينب ثم تحول إلى بيت أم سلمة وكان ليلتها وصبيحة يومها من رسول الله ﷺ » .

أقول : ما دل عليه هذا الخبر من إقامة ﷺ سبعة أيام عند زينب مع كونها نيباً ، ظاهر المخالفة لما تقدم من الأخبار المتفقة على أن النيب ليس لها إلا ثلاثة أيام ، والأخبار إنما اختلفت في البكر دون النيب ، إلا أن الخبر سنده غير نقي كما عرفت ، فإن صح وجب قصره على مورده وتخصيصه ﷺ بذلك ، وأن مورد تلك الأخبار ماعداً ﷺ وظاهر الخبر المذكور أن الدخول بزینب كان في ليلة أم سلمة ، وهي حقها من القسم ، وأنه ﷺ بعد إقامة السبعة عند زينب تحول إلى بيت أم سلمة حيث كان الدخول بزینب في ليلتها ، والظاهر أنه ﷺ استمر على القسم بعد ذلك كما كان أولاً .

و ظاهره في المسالك أنه لو كان التزويج في أثناء القسم ظلم على من بقي بتأخير حقها بعد حضوره ، وأنه يجب التخلص بما ذكره في سابق هذا الكلام ، مما لا أعرف له وجه استقامة في المقام ، فليراجع إليه من أحب الوقوف عليه .

الرابع : ظاهر أكثر الأصحاب أنه لافرق هنا في الزوجة بين الأمة والحرّة

عملاً بعموم الأدلة .

(١) علل الشرائع ص ٦٥ ط النجف الاشرف ، الوسائل ج ١٥ ص ٨١ ح ٢ .

ونقل عن العلامة في التحرير أنه استقرّب تخصيص الأمة بنصف ما يختص به لو كانت حرة كالقسم في دوام النكاح ، فكما أنها في القسم إنما لها نصف الحرة فكذا هنا ، وفي القواعد رجّح المساواة .

ثم "إنه على القول بالتشطير كما قر" به في التحرير ففي كفيته وجهان : (أحدهما) أن يكمل المنكسر فيثبت للبكر أربع ليال ، وللتيبّ ليلتان . (ثانيهما) - وهو أصحهما على ما ذكره في المسالك - أن "للبكر ثلاث ليال ونصفاً ، وللتيبّ ليلة ونصفاً ، قال : لأن" المدة قابلة للتصنيف ، فيخرج عند انتصاف الليل إلى بيت منفرداً ومتحدداً ، ثم قال : وتعتبر الحرية والرقبة بحال الزفاف ، فلو نكحها وهي أمة ، وزفت إليه وهي حرة فلها حق "الحرائر ، انتهى .

التاسع : المفهوم من كلام جملة من الأصحاب سقوط القسمة بالسفر ، بمعنى أنه متى أراد سفرأ وأحب أن يصحب بعض نسائه دون بعض فإن" له ذلك ، ولا يجب عليه القضاء لمن خلفهن" بعد الرجوع .

واحتجوا على ذلك بأن" النبي ﷺ كان يفعل ذلك ، و لم ينقل عنه القضاء ، ولو وقع لنقل ، وقيد بعضهم عدم القضاء بما إذا صحب من أَراد بالقرعة ، ولو صحبها بمجرد الميل القلبي قضى ، لأن" النبي ﷺ ما كان يخرج معه واحدة إلا بالقرعة ، و لهذا أنه لم يقض ، وصحبها دون غيرها بمجرد الميل القلبي من غير قرعة لا يخلو من الظلم لغيرها والميل على الباقي ، ومن أطلق نظر إلى أن" السفر لاحق للنساء فيه ، ومن ثم" جاز انفراده به .

وأورد عليه بالفرق بين الأمرين ، فإن" جواز ذلك له منفرداً لا يستلزم جواز صحبة من أراد بمجرد الميل إليها .

ثم "إنه مع الإطلاق أو التقييد بالقرعة هل يعم" الحكم لكل" سفر النقلة والاقامة كإرادة الانتقال إلى بلد والتوطن فيها ، وسفر الغيبة الذي يريد الرجوع بعد قضاء غرضه إلى بلده كسفره للتجارة ونحوها ؟ قولان :

(أحدهما) العموم ، معلاً بأنّ السفر لاحقٌ لهنّ فيه ، و لا مزيةٌ لسفر على سفر ، ولأنّ الاشتغال بمشقة السفر وعنائه يمنع من حقوق القسمة وخلوص الصحبة ، والتفرد بالخلوة التي هي غاية القسمة .

و (ثانيهما) الاختصاص بسفر الغيبة فيقضى في سفر النقلة ، قالوا : و الفرق بينهما أنّ سفر النقلة لا يختص ببعضهن ، بل يحتاج إلى نقلهن جميعاً ، فلا يختص واحدة بالاستصحاب كما في الحضر ، فإن صحب بعضهن قضى للباقي ، بخلاف السفر الآخر ، إذ لاحقٌ لهنّ فيه .

قالوا : و في حكم سفر النقلة الإقامة في سفر الغيبة بحيث يخرج عن إسم المسافر بالتمام أو ما في معناه : لأنّه بالإقامة على ذلك الوجه يصير كالحاضر في التمتع بالزوجة ، والخروج عن مشقة السفر .

أقول : ولم أقف بعد التتبّع على نصّ في هذا المقام بحيث يمكن الرجوع إليه في استنباط شيء من هذه الأحكام . نعم من المشهورات الذابعات بين الخاصّة والعامة صحبته والتبّع لبعض نساءه في السفر ، وأنّ ذلك بالقرعة ، حتّى أنّ أبا حنيفة - فيما نقله عنه العامة و الخاصّة - قد ردّ على رسول الله ﷺ في مواضع منها هذا الموضع ، فقال : إنّه كان يصحب بعض نساءه بالقرعة ، و القرعة عندي قمار ، و الظاهر أنّ جميع ما ذكره الأصحاب هنا تبعاً للشيخ في المبسوط وغيره إنّما هو من تفريعات العامة على ما عرفت في غير مقام ممّا تقدم ، و الاعتماد في تأسيس الأحكام على مجرد هذه التمليلات العقلية لا يوافق أصول مذهبنا المبنيّة على الكتاب والسنة ، وأنّ ما عداهما ممّا تكاثرت الآيات والأخبار بالمنع من الاعتماد عليه والرجوع في الأحكام الشرعية إليه ، والواجب الرجوع فيما لم ترد به النصوص إلى الاحتياط و الوقوف فيه على سواء ذلك الصراط كما وردت به أخبارهم عليهم السلام .

العاشر : من المستحبّات عند الأصحاب في هذا المقام أن يقرع بينهما إذا

أراد أن يصحب بعضهن في السفر معه تأسيساً بالنبي ﷺ فإنه كان يقرع بينهن لذلك كما تقدم، وكيفية القرعة هنا أن يكتب أسماء النسوة في رقاع بعددهن، ويدرجها في بنادق متساوية، ويضعها على وجه لا يتميز ويخرج منها واحدة على السفر، فمن خرج منها صاحبها، وإن أراد استصحاب اثنتين معه أخرج رقعة أخرى، وهكذا. وإن شاء أثبت الحضر في ثلاث رقاع والسفر في واحدة وأدرجها ثم يخرج رقعة على اسم واحدة فإن خرجت رقعة السفر صاحبها، وإن خرجت من رقاع الحضر أخرج رقعة أخرى على اسم أخرى. وهكذا حتى يبقى رقعة السفر، فيتعيّن المتخلّفة، وإذا أراد السفر باثنتين أثبت السفر في رقتين والحضر في رقتين، ثم إنّه بعد خروج القرعة، على من تخرج عليه من واحدة أو أكثر لا يكون ذلك موجباً لاستصحابها بل يجوز له أن يجعلها مع المتخلّفات، لكن هل يجوز له مع تركها أن يستصحب غيرها؟ منع منه الشيخ في المبسوط وإلا لا تفت فائدة القرعة. وقيل: يجوز ذلك لأنها ليست من الملزمات، فإن الاستصحاب تبرع، حيث إن زمان السفر لا يستحق الزوجات فيه القسم، وإثماً فائدة القرعة دفع المشقة، والشحناء عن قلوب المتخلّفات حيث لم يصحبهن وصحب من يريد بمجرد الميل والهوى، وإذا كان صاحبها بالقرعة التي هي من الله عز وجل إرتفع ذلك من قلوبهن، والفرق بين تركها مع المتخلّفات وعدم أخذ غيرها، وبين تركها وأخذ غيرها - حيث جاز الأول بلا خلاف دون الثاني - أن القرعة لا يوجب الصحبة وإثماً تعيّن من يستحق التقديم على تقدير إرادته، وكيف كان فالأولى مراعاة القرعة. ومنها استحباب التسوية بين الزوجات في الانفاق وحسن المعاشرة وطلاقة الوجه والجماع ونحو ذلك، لما في ذلك من رعاية العدل والانصاف.

ومن الأخبار الجارية في هذا المضمار ما رواه الصدوق^(١) مرسلًا قال: قال

(١) الفقيه ج ٣ ص ٢٨١ ح ١٤١ و ١٤٢ ص ٣٦٢ ح ١١، الوسائل ج ١٤ ص ١٢٢ ح ٥ و ٩.

الصادق عليه السلام: رحم الله عبداً أحسن فيما بينه وبين زوجته، فإن الله تعالى قد ملكه ناصيتها وجعله القيم عليها. قال: قال رسول الله ﷺ: خيركم خيركم لنسائه، وأنا خيركم لنسائي. قال: وقال رسول الله ﷺ: عيال الرجل اسراؤه، وأحب العباد إلى الله تعالى أحسنهم صنعاً إلى اسرائه.

وروى الشيخ في التهذيب^(١) عن عبد الملك بن عتبة الهاشمي قال: سألت أبا الحسن عليه السلام عن الرجل يكون له امرأتان يريد أن يؤثر إحداهما بالكسوة والعطية، أيصلح ذلك؟ قال: قال: لا بأس بذلك واجتهد في العدل بينهما. وعن معمر بن خلاد^(٢) قال: سألت أبا الحسن عليه السلام هل يفضل الرجل نساء بعضهن على بعض؟ قال: لا، ولكن لا بأس به في الاماء، والنهي في هذا الخبر محمول على الكراهة جمعاً بينه وبين ما تقدمه، وقد تقدمت الرواية عن علي^(٣) أنه إذا كان يوم واحدة، لا يتوضأ في بيت الاخرى.

ومنها أن يكون صبيحة ذلك اليوم عند صاحبة الليلة لما تقدم في المورد الخامس من رواية إبراهيم الكرخي الدالة على أنه إنما عليه أن يكون عندها في ليلتها، ويظل عندها صبيحتها، وقد تقدم أن الحمل على الاستحباب إنما هو من حيث ضعف سند الرواية، وإلا فلو كانت صحيحة لحكم بالوجوب، وحينئذ فمن لا يرى العمل بهذا الاصطلاح فالحكم عنده الوجوب كما هو ظاهر كلام الشيخ في المبسوط المتقدم ذكره نمة.

ومنها أنه يستحب له أن يأذن لها في عيادة مرض أبيها وأُمها وحضور موتها ونحوهما من أقاربها أيضاً، وله منعها عن ذلك، كذا ذكره الأصحاب. وعللوا الأول بما في عدم ذلك من التأدية إلى الوحشة وقطيعة الرحم.

(١) و(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٢٢ ح ١٠٩، الوسائل ج ١٥ ص ٨٣ ح ٢٠١.

(٣) مجمع البيان ج ٣ ص ١٢١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٣.

وأما الثاني فبدل عليه مارواه الكليني^(١) عن عبد الله بن سنان عن أبي عبد الله عليه السلام قال: إن رجلاً من الأنصار على عهد رسول الله ﷺ خرج في بعض حوائجه فعهد إلى امرأته عهداً أن لا تخرج من بيتها حتى يقدم قال: وإن أباه مرض فبعثت المرأة إلى رسول الله ﷺ فقالت: إن زوجي خرج وعهد إلي أن لا أخرج من بيتي حتى يقدم، فإن أبي قد مرض، فتأمرني أن أعوده؟ فقال رسول الله ﷺ: لا اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك، قال: فتقل فأرسلت إليه ثانياً بذلك، فقالت: فتأمرني أن أعوده؟ فقال: اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك، قال: فمات أبوها فبعثت إليه أن أبي قد مات فتأمرني أن أصلي عليه، فقال: لا اجلسي في بيتك وأطيعي زوجك، قال: فدفن الرجل فبعث إليها رسول الله ﷺ إن الله قد غفر لك ولأبيك بطاعتك لزوجك.

أقول: ما عللوا به الحكم الأول عليل لا يصلح للاستدلال، فإن الاستحباب حكم شرعي كالوجوب والتحريم لا يثبت إلا بدليل من الكتاب والسنة أو الاجماع عند من يرى حجتيته، لا يمثل هذه المناسبات والتقريبات العقلية. و بالجملة فإنني لم أقف على نص يدل على استحباب ذلك له مع عدم صراحة الرواية المذكورة في أن له المنع من ذلك.

الحادي عشر: لو وهبت إحدى الزوجات حقها من القسم للزوج أو لبعض نسائه جاز، لكن لا يجب على الزوج القبول لأن الاستمتاع بها حق له في الجملة، فإن رضي بذلك جاز.

وبدل على جواز ذلك مارواه الشيخ^(٢) عن علي بن جعفر عن أخيه موسى ابن جعفر عليه السلام قال: سألت عن رجل له امرأتان، قالت إحداهما: ليأتي ويومي

(١) الكافي ج ٥ ص ٥١٣ ح ١، الفقيه ج ٣ ص ٢٨٠ ح ٨، الوسائل ج ١٤ ص ١٢٥ ح ١.

(٢) التهذيب ج ٧ ص ٤٧٤ ح ١١٠، الوسائل ج ١٥ ص ٨٥ ح ٢.

لك يوماً أو شهراً أو ما كان ، أيجوز ذلك ؟ قال : إذا طابت نفسها واشترى ذلك منها فلا بأس ، وظاهر الخبر حصول المعاوضة عن الهبة المذكورة ، والتعبير بالشراء والبيع مجاز ، لأن البيع والشراء متعلّقة بالأعيان الماليّة ، وإن كان للشيخ قول كما تقدم في كتاب البيع بتعلّقه بالمنافع ونحوها . وكيف كان فالظاهر أن المراد المعاوضة عليه في الجملة .

هذا بالنسبة إلى هبته للزوج ، وفي معنى هذا الخبر أخبار آخر تأتي إن شاء الله تعالى في النشور .

و أمّا الهبة لبعض الزوجات فيدلّ عليه ما نقله في المسالك من رواية سودة بنت زمعة زوجة النبي ﷺ ، قال بعد ذكر الحكم المذكور : والأصل في ذلك ماروي^(١) أن سودة بنت زمعة لما كبرت وهبت ليلتها لعائشة ، وكان النبي ﷺ يقسم لها يوماً ويوماً سودة .

أقول : الظاهر أن هذه الرواية من روايات العامّة فإنني لم أقف بعد التتبّع عليها في شيء من كتب أخبارنا ، وعلى هذا فلو كانت الهبة لبعض الزوجات ، فإن كانت ليلة الواهبة متصلة بليلة الموهوبة بات عند الموهوبة ليلتين متواليتين ، وإن كانت منفصلة فالأظهر أنه تبقى على ما كان سابقاً ، بمعنى أنه يبيت عند الموهوبة فيها من غير أن يجوز له تقديمها وجعلها متصلة بليلة الموهوبة ، لأن من الجائز رجوع الواهبة في تلك الأيام للمتوسطة ، وبالتقديم يفوت حق الرجوع ولو كانت الهبة للزوج فهو مخير في وضعها حيث شاء ، لكن الظاهر أنه ليس بتقديمها على وقتها ، فينظر مع ذلك في ليلة التي يريد تخصيصها بها ، فإن كانتا متواليتين فلا إشكال ، وإلا أخر المبيت بها عندها إلى ذلك الوقت ، لعين ما تقدم ، وإن وهبتها لجميع نسوته كان القسم كما لو لم تكن ، واختص القسم بمن عداها .

بقي الكلام هنا في شيئين (أحدهما) أنه ينبغي أن يعلم أنه لما كانت الهبة

(١) سنن ابن ماجه ج ١ ص ٦٣٤ ب ٤٨ ح ١٩٧٢ ، سنن ابي داود ج ٢ ص ٤٤٣ ح ٢١٣٥ .

مشروطة برضاء الزوج كما تقدم، وكانت هذه الهبة في معنى الاسقاط للحق والمسامحة به، فلزومها إنما يمكن باعتبار الزمان الماضي بمعنى أنه لو رجعت فيما مضى لم يجب قضاؤه لخروجه عن ملكها بالهبة والقبض وانتقاله إلى الموهوب، وأما المستقبل فلا تلزم الهبة فيه، بل لها الرجوع كما عرفت، لأنه متجدد لا يمكن قبضه وإنما هو بمعنى الاسقاط لاهبة حقيقية، حتى أنها لو رجعت في أثناء الليل وجب على الزوج الانتقال والخروج مع العلم من عند الموهوبة إليها، وماضى فلا تأثير للرجوع فيه لجريان الهبة فيه.

و (ثانيهما) أنه لو طلبت عوضاً عن هذه الهبة فأجابها الزوج والضرات. فهل يكون العوض المذكور لازماً أم لا؟ نقل عن الشيخ في المبسوط الثاني محتجاً بأن العوض إنما يكون في مقابلة عين أو منفعة، وهذا الحق ليس عيناً ولا منفعة، وإنما هو مآوى وممكن فلا تصح المعاوضة عليه بالمال.

والمحقق في الشرايع نقل هذا القول بلفظ «قيل» مؤذناً بتمريضه وتضعيفه أو ترده فيه، ووجهه في المسالك بمنع انحصار المعاوضة في الأمرين المذكورين، قال: لجواز المعاوضة بالصلح على حق الشفعة والتحجير وغيرهما من الحقوق. أقول: قد عرفت من ظاهر رواية علي بن جعفر المتقدمة صحة ذلك، وإن عبر عنه بالشراء مجازاً والمراد الكناية عن المعاوضة عليه، وبذلك يظهر قوة القول الأول. الثاني عشر: لاقسه للصغيرة ولا الناشئة عند الأصحاب، وعلل بأن القسمة كالنفقة التي هي من جملة الحقوق الواجبة، فمن لا يستحق النفقة لصغر أو نشوز لا يستحق القسمة.

وأما المجنونة فإن كان جنونها أدواراً فظاهرهم أن لها نصيباً من القسمة، وإن كان مطبقاً فظاهر جمع منهم إطلاق عدم القسمة لها، وإن استحققت النفقة، إذ لا عقل لها حتى يدعوها إلى الانس بالزوج والتمتع به، وفصل آخرون فخصوا عدم القسمة بما إذا كان يخاف أذاها، ولم يكن لها شعور بالانس به، وإلا قسم لها.

وأما المسافرة فإن كان سفرها بغير إذن في غير واجب فهي ناشزة لا تستحق
قسمة، وإن كان واجباً مضيئاً كالحنج الواجب بالأصل والنذر المعين فظاهرهم
أنه لا يسقط حقها بل يجب القضاء لها بعد الرجوع، ولو كان السفر بإذنه في غرض
لها غير الواجب أو الواجب الموسع فهل تستحق قسمة أم لا؟ قولان: أولهما للعلامة
في التحرير، وثانيهما له في القواعد. ووجه الأول أنه بالاذن لها وإن فات حقه،
إلا أن حقها باقي فيجب القسم لها، ووجه الثاني فوات التمكين والاستمتاع
المستحق عليها لأجل مصلحتها، والاذن إنما يؤثر في سقوط الائم عنها، وفوات
التسليم المستحق عليها، وإن كان بسبب غير مأثوم فيه، لكنّه يوجب سقوط
ما يقابله وهو القسم، كما إذا فات تسليم المبيع قبل القبض بسبب تعذر التسليم
فيه، فإنه يسقط تسليم الثمن، وحيث يحكم بالوجوب في هذه المواضع أو عدم
الوجوب، فللرأى وجوب القضاء وعدم وجوبه، وظاهره في المسالك التوقف هنا
حيث اقتصر على نقل القولين المذكورين والوجه فيهما ولم يرجح شيئاً، ولم
أقف في هذا الموضع على شيء من النصوص إلا أن جملة من الأحكام المذكورة
في المقام مما تقتضيه القواعد الشرعية والضوابط الشرعية.

المقالة الثانية في النشوز والشقاق والكلام فيها يقع في مقامين:

الأول في النشوز: وهو لغة الارتفاع، وشرعاً الخروج عن الطاعة، يقال:
نشز الرجل ينشز نشراً، إذا كان قاعداً فنهض قائماً، ومنه قوله عز وجل: وإذا
فيل أنشزوا فأنشزوا^(١) أي انهضوا إلى أمر من أمور الله تعالى.

قالوا: وسمي خروج أحد الزوجين عن طاعة الآخر نشوزاً، لأنه بمصيته
قد ارتفع وتعالى عما أوجب الله عليه من ذلك، ولذلك خص النشوز بما إذا كان
الخروج من أحدهما، لأن الخارج ارتفع على الآخر، فلم يقسم بحقه أو عن

(١) سورة المجادلة - آية ١١.

الحق ، ولو كان الخروج منهما معاً خصّ باسم الشقاق - كما سيأتي - لا النشوز ، لاستوائهما معاً في الارتفاع فلم يتحقق ارتفاع أحدهما عن الآخر .

أقول: في كتاب المصباح المنير^(١): نشزت المرأة من زوجها نشوزاً - من بابي قعد و ضرب - عصت زوجها و امتنعت عليه ، و نشز الرجل من امرأته نشوزاً - بالوجهين - تركها و جفاها ، وفي التنزيل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً »^(٢) وأصله الارتفاع ، يقال : نشز من مكانه نشوزاً - بالوجهين - إذا ارتفع عنه . إنتهى ، ومقتضى هذا الكلام إطلاق النشوز لغةً على المعنى الشرعي . ونحو هذه العبارة فيما ذكرناه عبارة القاموس^(٣) ، وحينئذٍ فما ذكره الأصحاب من أنه لغةً بمعنى الارتفاع وشرعاً بمعنى الخروج عن الطاعة غير جيد ، لما عرفت من أنه يطلق لغةً على المعنيين المذكورين .

إذا تقرر ذلك فاعلم أن النشوز قد يكون من الزوجة ، وقد يكون من الزوج ، و إلى الأول يشير قوله عز وجل « واللاتي تخافون نشوزهن » فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن^(٤) ، و إلى الثاني يشير قوله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلاجناح عليهما أن يصلحا بينهما » الآية ، فالكلام هنا يقع في موضعين :

الاول : في نشوز المرأة ، والأصل في هذا المقام الآية المتقدمة ، وهي قوله تعالى « واللاتي تخافون نشوزهن » الآية ، إلا أنه قد وقع الكلام فيها في مواضع :
الاول : إتيه هل تثبت هذه الامور المذكورة في الآية مع تحقق النشوز أو ظهور أماراته قبل وقوعه أو معها ؟ فقيل : إن المراد بخوف النشوز توقعه ،

(١) المصباح المنير ص ٨٣١ .

(٢) سورة النساء - آية ١٢٨ .

(٣) القاموس المحيط ج ٢ ص ١٩٤ .

(٤) سورة النساء - آية ٣٤ .

وقال الفراء على ما نقله في كتاب مجمع البيان^(١) تعلمون نشوزهن، قال: وقد يكون الخوف بمعنى العلم، وهو ظاهر جملة من الأصحاب كما سيظهر لك إن شاء الله تعالى. الثاني: إن هذه الأمور الثلاثة المذكورة في الآية على التخيير أو الجمع أو الترتيب بالتدرج من الأخف إلى الأثقل، وهو جل شأنه قد ذكر الثلاثة متعاطفة بالواو، والمفيدة للجمع، وقد ذهب ابن الجنيدي إلى الجمع في هذه الأمور الثلاثة كما هو ظاهر الواو، وجعلها مترتبة على النشوز بالفعل، ولم يتعرض للحكم مع ظهور أماراته، وكأنته حمل الخوف على معنى العلم كما تقدم نقله عن الفراء، وأبقى الواو على ظاهرها من إفادة الجمع، وذهب جمع منهم المحقق في النافع إلى أن هذه الأمور الثلاثة مترتبة، لكن المحقق اعتبر في الوعظ ظهور أماره العصيان، وفي الهجر عدم إفادة الوعظ، وفي الضرب عدم إفادة الهجر. وأنت خير بأنته إذا لم يفد الوعظ يكون النشوز متحققاً بالفعل.

والعلامة في الإرشاد جعل الأمور الثلاثة مترتبة على النشوز بالفعل مع كونها في نفسها مرتبة وهو ظاهر كلام الثقة الجليل علي بن إبراهيم الآتي إن شاء الله تعالى.

وظاهر جماعة منهم المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد جعل الأمور الثلاثة منزلة على الحالين - أعني ظهور أمارات النشوز، وتحقيقه بالفعل - فإنهم جعلوا الوعظ والهجر معلقاً على ظهور أماراته، والضرب منوطاً بحصوله بالفعل، والعلامة في التحرير وقوله جمع من الأصحاب فصلوا في المسألة تفصيلاً آخر فجعلوا الأمور الثلاثة مترتبة على مراتب ثلاثة من حالها، فمع ظهور أمارات النشوز يقتصر على الوعظ، ومع تحقيقه قبل الإصرار ينتقل إلى الهجر، فإن لم ينبج وأصررت انتقل إلى الضرب، واستقر به السيد السند في شرح النافع قال: فيكون معنى الآية واللاتي تخافون نشوزهن، فعصوهن، فإن نشزن فاهجروهن.

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٣.

في المضاجع فإن أصررن فاضربوهن" ، انتهى .

وقال الثقة الجليل علي بن إبراهيم القمّي في تفسيره^(١) : « واللاتي تخافون نشوزهن فعضوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن » فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا ،^(٢) وذلك إذا نشزت المرأة عن فرائض زوجها ، قال زوجها ، إتقي الله وارجمي إلى فراشك ، فهذه الموعظة ، فإن أطاعته فسيب ذلك ، وإلا سبها وهو الهجر ، فإن رجعت إلى فراشها فذلك ، وإلا ضربها ضرباً غير مبرح ، فإن رجعت وأطاعت فضاجمته ، يقول الله « فإن أطعنكم فلا تبغوا عليهن سبيلا » يقول : لا تكلفوهن الحب ، فإنما جعل الموعظة والسب والضرب لهن في المضجع وإن الله كان علياً كبيراً ، انتهى ، وظاهره كما ترى ترتب هذه الأمور على النشوز بالفعل لاخوفه ، وهو محمول على ما تقدم نقله عن الفراء من أن الخوف بمعنى العلم .

الثالث : فيما هو المراد من هذه الأمور الثلاثة المذكورة في الآية ، (أما) الوعظ فظاهر ، وهو تخويفها بالله سبحانه وذكر ماورد من حقوق الزوج على المرأة في الأخبار عن النبي صلى الله عليه وآله وأبنائه الأطهار .

و(أما) الهجر فقد اختلف فيه كلامهم ، وظاهر كلام الشيخ علي بن إبراهيم المتقدم ، تفسيره بالسب وهو غريب ، ولم يذكره غيره فيما أعلم ولا ريب أنه أحد معاني الهجر لكنّه هنا بعيد ، بل المراد إنما هو ما يؤذن بالصد والاعراض والقطيعة ، وقيل : هو أن يحول ظهرك إليها في المضجع ، وبه قال ابن بابويه^(٣) ، ورواه

(١) تفسير القمّي ج ١ ص ١٣٧ .

(٢) سورة النساء - آية ٣٤ .

(٣) قال في المختلف : قال الشيخ في المبسوط : المهجران في المضجع أن يترك قريبا ، وقال الشيخ علي بن بابويه في رسالته وابنه في مقتعته وابن البراج : أن يجعل إليها ظهره ، وابن إدريس قال بالاول ، وجعل الثاني رواية ، وكلامهما عندي جائز ، وتختلف ذلك باختلاف الحال في السهولة والطاعة نوعدهما ، انتهى . (منه - قدس سره) .

الطبرسي في كتاب مجمع البيان^(١) عن الباقر عليه السلام ، ونسبه في الشرايع إلى الرواية. وفي كتاب الفقه الرضوي^(٢) : «وأما النشوز - إلى أن قال - والهجران هو أن يحول إليها ظهره في المضجع والضرب بالسواك وشبهه ضرباً رقيقاً ، انتهى .

وقيل : أن يعتزل فراشها ويبيت على فراش آخر ، إختاره الشيخ في المبسوط وابن إدريس ، وقيل : إنه كناية عن ترك الجماع .

وأما الضرب فقد تقدم في كلام علي بن إبراهيم أنه يضربها ضرباً غير مبرح ، وبه صرح غيره أيضاً ، والمراد من غير المبرح ما لا يدمي لحماً ، ولا يهشم عظماً ، ويكون كضرب الصبيان للتأديب بحيث يتألم منه المضروب ، ولا يوجب ضرراً في بدنه . وفي تفسير مجمع البيان^(٣) عن الباقر عليه السلام : «أنه الضرب بالسواك » ، ومثله ما عرفت من كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي .

قال في المسالك و نعم ما قال : وفي بعض الأخبار أنه يضربها بالسواك ، ولعل حكيمته توهمها إرادة المداعبة ، وإلا فهذا الفعل بعيد عن التأديب والإصلاح ، انتهى وهو جيد .

وقيل : إن الضرب يكون بمتديل ملفوف ، أو درة ، ولا يكون بسياط ولا خشب ،

أقول : صورة العبارة هكذا : وأما النشوز فقد يكون من الرجل ، وقد يكون من المرأة ، فأما الذي من الرجل فهو أنه يريد طلاقها فنقول : أمسكني ولك ما عليك وقد وهبت ليلتي لك . ويصطلحان على هذا ، فإذا نشزت المرأة كنشوز الرجل فهو الخلع إذا كان من المرأة وحدها فهو أن لا تطيعه ، وهو ما قال الله تبارك وتعالى : ﴿واللاتي تخافون نشوزهن فعظوهن واهجروهن في المضاجع واضربوهن﴾ فالهجران إلى آخر ما في الأصل .

(منه - قدس سره -) .

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤ .

(٢) فقه الرضا ص ٢٤٥ .

(٣) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤ .

نقله الشيخ في المبسوط عن قوم ، وأظهر هذه الأقوال الأول فإنه هو الذي يرجى به الرجوع إلى الطاعة . ولو حصل بالضرب تلف ، قيل : وجب عليه الغرم لأنه قد تبين بذلك أنه إتلاف لإصلاح بخلاف الولي إذا أدب الطفل ، و فرق بينهما بأن تأديب المرأة لحظ نفسها ، والولد لحظه لالحظ الولي .

وأورد عليه بأن في الفرق نظراً ، قال في شرح النافع : وينبغي القطع بعدم غرمه لأنه بتأديب الطفل محسن ، وما على المحسنين من سبيل ، ولا يبعد إلحاق الزوج به في ذلك ، خصوصاً إن كان المقصود من الضرب تأديبها على فعل محرم إنتهى . أقول : يمكن أن يقال : إنه إن كان الضرب المذكور ليس مما يترتب عليه التلف بحسب العادة ، وإتفاً اتفق التلف بعده اتفاقاً فهذا لا يترتب عليه ضمان ، وإن كان مما يمكن ترتب التلف عليه فلا يبعد وجوب الضمان .

الثاني : في نشوز الزوج ، وهو المشار إليه بقوله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً »^(١) الآية : قالوا : وهو عبارة عن أن يتعدى الزوج عليها ويمنعها بعض حقوقها الواجبة من نفقة أو كسوة أو قسم أو نحو ذلك أداته يضر بها ويؤذيها بغير سبب مبيح له ذلك ، وحينئذ ترفع أمرها إلى الحاكم ، فإن ثبت عنده ما ادعته ببيينة أو اعتراف أو نحو ذلك عزّره بما يراه ، وأجرى عليها النفقة من ماله ولو يبيع عقاره عليه ، وإلا نصب بينهما ثقة يستعلم صدق ما ادعته ، ويكون الحكم كما تقدم ، ولو لم يكن يؤذيها ولا يمنعها شيئاً من حقوقها الواجبة إلا أنه يكرهها لكبر أو مرض أو غيرهما فلا يدعوا إلى فراشه ويهيم بطلاقها ، فلها أن تسترضيه بإسقاط بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو نحوهما ويحل له ذلك ، وهذا هو الصلح الذي أشارت إليه الآية بقوله « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » .

وعلى ذلك تدل جملة من الأخبار ، منها ما رواه في الكافي^(١) في الصحيح أو الحسن عن الحلبي عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » فقال : هي المرأة تكون عند الرجل فيكرهها فيقول لها : إنني أريد أن أطلقك ، فتقول له : لا تفعل إنني أكره أن تشمت بي ، ولكن انظر في ليلتي فاصنع بها ما شئت ، وما كان سوى ذلك من شيء فهو لك ، ودعني على حالتي ، فهو قوله تبارك وتعالى « فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً » وهذا هو الصلح .

وعن علي بن أبي حمزة^(٢) قال : سألت أبا الحسن عليه السلام عن قول الله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » فقال : إذا كان كذلك فهم بطلاقها قالت له : أمسكني وأدع لك بعض ما عليك وأحللك من يومي وليلي ، حل له ذلك ولا جناح عليهما ،

وعن أبي بصير^(٣) عن أبي عبد الله عليه السلام قال : سألت عن قول الله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » قال : هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له : أمسكني ولا تطلقني وأدع لك ما على ظهرك ، وأعطيك من مالي وأحللك من يومي وليلي ، فقد طاب ذلك له كله .

ما رواه في الفقيه^(٤) عن المفضل بن صالح عن زيد الشحام عن أبي عبد الله

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٧ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ١ ، العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨٢ وفيه عن أبي عبد الله - عليه

السلام - قال : سألت عن قول الله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » فقال : هذا تكون عنده المرأة لا تعجبه فيريد طلاقها فتقول له : أمسكني ولا تطلقني وأدع لك ما على ظهرك ، وأعطيك من مالي وأحللك من يومي وليلي ، فقد طاب ذلك له كله .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ٣ وفيه « هذا كله » ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٨٢ وفيه « الحسن بن

هاشم » ، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٣ .

(٤) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٦ ب ١٦٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٤ .

«عَلَى» قال : النشوز قديكون من الرجل والمرأة جميعاً ، فأما الذي من الرجل فهو ما قال الله عز وجل في كتابه « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً فلا جناح عليهما أن يصلحا بينهما صلحاً والصلح خير »^(١) وهو أن تكون المرأة عند الرجل لا تعجبه فيريد طلاقها فنقول له : أمسكني ولا تطلقني وأدع لك ما على ظهرك ، وأحل لك يومي وليلتي ، فقد طاب له ذلك .

ومارواه العياشي^(٢) في تفسيره عن أحمد بن محمد عن أبي الحسن الرضا «عَلَى» في قول الله عز وجل « وإن امرأة خافت من بعلها نشوزاً أو إعراضاً » فقال : النشوز : الرجل يهمل بطلاق امرأته ، فتقول له : أدع ما على ظهرك ، وأعطيك كذا وكذا ، واحملك من يومي وليلتي على ما اصطلاحاً ، فهو جائز .

وعن زرارة^(٣) قال : سئل أبو جعفر «عَلَى» عن النহারية - إلى أن قال :- ولكنّه إن تزوج امرأة فخافت منه نشوزاً أو خافت أن يتزوج عليها أو يطلقها فصالحته من حقها على شيء من نفقتها أو قسمتها ، فإن ذلك جائز لأبأس به . أقول : وهذه الأخبار بعد حمل مطلقها على مقيدها ومجملها على مبينها ظاهرة الاتفاق في تخصيص صحة الصلح - وبراءة ذمة الزوج مما أسقطته عنه المرأة - بما لو كررها أو أراد التزويج عليها أو نحو ذلك مما لا يتضمن إخلالاً بواجب أو ارتكاب محرم .

وبذلك يظهر ضعف قول من قال : إنه لو أخل الزوج بحقوقها الواجبة أو بعضها فتركت له بعض الحقوق جاز ذلك ويرثت ذمته ، وإن كان آثماً في نشوزها ،

(١) سورة النساء - آية ١٢٨ .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٦ .

(٣) الكافي ج ٥ ص ٤٠٣ ح ٤ ، وفيه « المهارية » و « إذا تزوج » ، التهذيب ج ٧ ص ٣٧٢ ح ٦٨ ، تفسير العياشي ج ١ ص ٢٧٨ ح ٢٨٣ مع اختلاف بسير ، الوسائل ج ١٥ ص ٩١ ح ٧ ص ٤٨

لأن الآية بمقتضى الروايات التي وردت بتفسيرها أكثرها صريح في تخصيص ذلك بكرهته لها ونحو ذلك دون الا خلال بالحقوق الواجبة عليه لها ، وما أطلق فقرائن ألفاظه ظاهر في ذلك أيضاً .

وبالجملة فإن المستفاد من الآية والأخبار - بتقريب ما قلناه - أن النشوز الموجب لصحة الصلح بإسقاط بعض الحقوق هو ما لم يتحقق إخلال الزوج بشيء من الحقوق الواجبة عليه ، على أنه متى كان القسم والنفقة من الأمور الواجبة عليه ، فتركت له النفقة مثلاً لأجل القسم ، فإنه يكون هذا الترك لا في مقابلة عوض ، لأن القسم واجب عليه تركت النفقة أم لم تتركها ، فيكون إسقاط النفقة من غير سبب يوجبه قبيحاً ، ولو قهرها على بذل ما تركت له فلا ريب في عدم حله . لأنه إكراه بغير حق شرعي .

المقام الثاني في الشقاق : وهو أن يكره كل واحد من الزوجين صاحبه ، فيكون كل واحد منهما بكرهته للآخر في شق عنه - أي ناحية - والحكم في ذلك ، بعث كل واحد منهما حكماً من أهله حسبما يأتي تفصيله .

والأصل في هذا المقام الآية أعني قوله عز وجل « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما »^(١) . والأخبار ومنها ما رواه في الكافي^(٢) عن علي بن أبي حمزة « قال : سألت العبد الصالح عليه السلام عن قول الله عز وجل : « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها » فقال : يشترط الحكم أن شاءا فراقاً وإن شاءا جمعا ، ففراقاً أو جمعا جاز » .

و عن سماعة^(٣) في الموثق « قال : سألت أبا عبد الله عليه السلام عن قول الله عز وجل

(١) سورة النساء - آية ٣٥ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ٢ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ١ .

« فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »، أُرِيتَ إن استأذن الحكماء فقالا للرجل والمرأة: أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق؟ فقال الرجل والمرأة: نعم، فأشهدا بذلك شهوداً عليهما، أيجوز تفريقهما عليهما؟ قال: نعم، ولكن لا يكون إلا على طهر من المرأة من غير جماع من الزوج، قيل له: أُرِيتَ إن قال أحد الحكمين: قد فرقت بينهما، وقال الآخر: لم أفرق بينهما، فقال: لا يكون تفريقاً حتى يجتمعا جميعاً على التفريق، فإذا اجتمعا على التفريق جاز تفريقهما .

وعن محمد بن مسلم^(١) عن أحدهما عليهما السلام قال: سألتُه عن قول الله عز وجل « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »؟ قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرآ .

ومارواه المشايخ الثلاثة^(٢) عن الحلبي في الصحيح، وفي آخر في الحسن عن أبي عبد الله عليه السلام قال: سألتُه عن قول الله عز وجل: « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »، قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرآ الرجل والمرأة، ويشترطا عليهما إن شئنا جمعنا وإن شئنا فرقنا فإن جمعا فجائز، وإن فرقا فجائز . ومارواه في الكافي^(٣) عن أبي بصير عن أبي عبد الله عليه السلام في قول الله عز وجل « فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »، قال: الحكماء يشترطان إن شاءا فرقا وإن شاءا جمعا، فإن جمعا فجائز، وإن فرقا فجائز .

وفي كتاب الفقه الرضوي^(٤) « وأما الشقاق فيكون من الزوج والمرأة جميعاً كما

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٥، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٢، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٩، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ ح ١، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٣، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ٢ .

(٤) فقه الرضا ص ٢٤٥، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ح ٨٦ .

قال الله تعالى «وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» يختار الرجل رجلاً والمرأة تختار رجلاً فيجتمعان على فرقة أو على صلح، فإن أرادا إصلاحاً أصلحاً من غير أن يستأمرأ، وإن أرادا التفريق بينهما فليس لهما إلا بعد أن يستأمرأ الزوج والمرأة، إنتهى.

وفي تفسير العياشي^(١) عن محمد بن سيرين عن عبيدة قال: أتى علي بن أبي طالب عليه السلام رجل وامرأة، ومع كل واحد منهما فئام من الناس فقال عليه السلام: ابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها، ثم قال للحكمين: هل تدريان ما عليكما؟ عليكما إن رأيتم أن يجمعا جمعتهما، وإن رأيتم أن يفرقا فرقتهما، فقالت المرأة: رضيت بكتاب الله عليّ ولي، فقال الرجل: أمّا في الفرقة فلا، فقال علي عليه السلام: ما تبرح حتى تقر بما أقرت به.

و روى في الكتاب المذكور عن زيد الشحام^(٢) عن أبي عبد الله عليه السلام في قوله تعالى «فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» قال: ليس للحكمين أن يفرقا حتى يستأمرأ الرجل والمرأة، قال: وفي خبر آخر عن الحلبي عنه عليه السلام «ويشترط عليهما إن شاء جمعا وإن شاء فرقا، فإن جمعا فجائز، وإن فرقا فجائز، قال: وفي رواية فضالة «فإن رضيا وقلداهما الفرقة ففرقا فهو جائز، إنتهى.

هذا ما حضرنى من أخبار المسألة، وقال الشيخ علي بن إبراهيم في تفسيره^(٣)

«وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها» فما حكم به الحكمان فهو جائز، يقول الله: «إن يريدوا إصلاً يوفق الله بينهما» يعني الحكمان، فإذا كان الحكمان عدلين دخل حكم المرأة على المرأة فيقول: أخبرني ما في نفسك فإنني لا أحب أن أقطع شيئاً دونك، فإن كانت هي الناشزة قالت:

(١) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٧، الوسائل ج ١٥ ص ٩٤ ح ٦.

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٤ و ١٢٦، الوسائل ج ١٥ ص ٩٤ و ٩٣ ح ٥ و ٣.

(٣) تفسير القمي ج ١ ص ١٣٧ مع اختلاف يسير، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٤ ب ١١ ح ١.

أعطه من مالي ماشاء و فرق بيني وبينه ، وإن لم تكن ناشزة قالت : انشدك الله أن لا تفرق بيني وبينه ، ولكن استزد لي في نفقتي ، فإنه إليّ مسيء ، ويخلو حكم الرجل بالرجل ، فيقول : أخبرني بما في نفسك ، فأني لأحب أن أقطع شيئاً دونك ، فإن كان هو الناشز قال : خذلي منها ما استطعت و فرق بيني وبينها فلا حاجة لي فيها ، وإن لم يكن ناشزاً قال : انشدك الله أن لا تفرق بيني وبينها فإنها أحب الناس إليّ ، فأرضها من مالي بما شئت ، ثم يلتقي الحكمان وقد علم كل واحد منهما ما أوصى به إليه صاحبه ، فأخذ كل واحد منهما على صاحبه عهد الله وميثاقه لتصدقني ولا صدقتك ، وذلك حين يريد الله أن يوفق بينهما ، فإذا فعلا وحدث كل واحد منهما صاحبه بما أفضى إليه عرفا من الناشز ، فإن كانت المرأة هي الناشزة قال : أنت عدوة الله الناشزة العاصية لزوجك ليس لك عليه نفقة ولا كرامة لك و هو أحق أن يبغضك أبداً حتى ترجعي إلى أمر الله ، وإن كان الرجل هو الناشز قال له : يا عدو الله أنت العاصي لأمر الله المبغض لامرأته فعليك نفقتها ولا تدخل لها بيتاً ولا ترى لها وجهاً أبداً حتى ترجع إلى أمر الله عز وجل و كتابه . وقال : و أتى علي بن أبي طالب عليه السلام رجلاً وامرأة على هذه الحال فبعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها ، وقال للحكمين : هل تدريان ما تحكمان ؟ احكما ، إن شئتما فرقتما ، وإن شئتما جمعتما ، فقال الزوج : لأرضي بحكم فرقة ولا اطلقها ، فأوجب عليه نفقتها ، ومنعه أن يدخل عليها ، وإن مات على ذلك الحال الزوج ورثته ، وإن مات لم يرثها إذا رضيت منه بحكم الحكمين و كره الزوج ، فإن رضي الزوج و كرهت المرأة اتزلت هذه المنزلة إن كرهت ولم يكن لها عليه نفقة ، وإن مات لم ترثه ، وإن ماتت ورثها حتى ترجع إلى حكم الحكمين ، إنتهى .

إذا عرفت ذلك فاعلم أن تحقيق الكلام في المقام يقع في مواضع :

الاول : هل المراد من خوف الشقاق في الآية هو خشية الشقاق كما هو ظاهر اللفظ ، أو العلم به ؟ قولان ، وإلى الأول يميل كلام أمين الاسلام الطبرسي

في كتاب مجمع البيان حيث قال : « فإن خفتهم ، أي خشيتهم ، وقيل : علمتم ، والأول أصح » ، لأنه لو علم الشقاق يقيناً لما احتيج إلى الحكمين .

وإلى الثاني يميل كلام شيخنا الشهيد الثاني في المسالك ، حيث حمل الآية أولاً على المعنى الظاهر من اللفظ مع تقدير الاستمرار بمعنى أنه إن خشيت استمرار الشقاق ، لأن ظهور النشوز منها موجب لحصول الشقاق .

أقول : فالمراد حينئذ خوف استمراره ، ثم قال : ويجوز أن يراد من خشية الشقاق العلم به كما سلف ، وهو أدلى من إضمار الاستمرار ، وكلام سبطه في شرح النافع يميل إلى الأول حيث قال : والظاهر أن المراد والله أعلم « إن خفتهم استمرار الشقاق بينهما » أو يقال : إن الشقاق إنما يتحقق مع تمام الكراهة بينهما ، فيكون المراد أنه إذ حصلت كراهة كل منهما لصاحبه وختم حصول الشقاق بينهما « فابعثوا حكماً » وقيل : معنى خفتهم علمتم .

أقول : الظاهر أن المراد من قول شيخنا الطبرسي « لأنه لو علم الشقاق يقيناً لما احتيج إلى الحكمين » هو أن الغرض من بعث الحكمين هو الإصلاح بينهما باجتماع أو فرقة ، ومتى كان الشقاق معلوماً علم أنه لا يمكن الإصلاح بالاجتماع ، فموضع إرسالهما إنما هو في مقام يرجو فيه الاجتماع بأن يظهر الكراهة من كل منهما لصاحبه في الجملة إلا أنه يرجو الاجتماع حينئذ ، وهو يرجع إلى المعنى الثاني الذي ذكره في شرح النافع ، والظاهر قربه .

الثاني : إختلف المفسرون والفقهاء في المخاطب في الآية بإنفاذ الحكمين هل هو الحاكم الشرعي ؟ أو الزوجان ؟ أو أهل الزوجين ؟ على أقوال ، وبالأول قطع المحقق في الشرايع والعلامة في القواعد ، ونسبه في المسالك إلى الأكثر ، قال : وجعلوا ضمير فابعثوا في الآية راجعاً إلى الحكام .

والثاني اختيار ابن بابويه في الفقيه والمقنعة وأبيه في الرسالة والمحقق في الشرايع ، إلا أنه في النافع قال : إذا امتنعا بعنهما الحاكم .

قال في كتاب مجمع البيان^(١) : « و اختلف في المخاطب بإفاد الحكمين من هو ؟ فقيل : السلطان الذي ترافع الزوجان إليه ، عن سعيد بن جبير والضحاك وأكثر الفقهاء ، و هو الظاهر في الأخبار عن الصادقين عليهما السلام وقيل : إنه الزوجان أو أهل الزوجين عن السدي ، واختلفوا في الحكمين هل لهما أن يفرقا بالطلاق إن رأيا أم لا ؟ والذي في روايات أصحابنا عنهم عليهم السلام أنه ليس لهما ذلك إلا بعد أن يستأمرهما ويرضيا بذلك ، وقيل : إن لهما ذلك ، عن سعيد بن جبير والشعبي والسدي وإبراهيم ، ورووه عن علي عليه السلام ، ومن ذهب إلى هذا القول قال : إن الحكمين وكيلان ، إنتهى .

وأنت خير بأنه ليس في الأخبار المتقدمة ما يدل على مانحن فيه إلا كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه ، فإنه صريح في أن البعث من الزوجين ، وإتعا نسب هذا القول إلى الصدوق في الفقيه^(٢) لأنه قد عبّر بهذه العبارة حيث قال : الشقاق قد يكون من المرأة والرجل جميعاً ، وهو ما قال الله تعالى « وإن خفتم شقاق بينهما فابعثوا حكماً من أهله وحكماً من أهلها »^(٣) فيختار الرجل رجلاً وتختار المرأة رجلاً ، فيجتمعان على فرقة أو صلح ، فإن أرادا الإصلاح أصلحاً من غير أن يستأمرأ ، وإن أرادا أن يفرقا فليس لهما أن يفرقا إلا بعد أن يستأمرأ الزوج والمرأة ، إنتهى^(٤) .

و الظاهر أن عبارة أبيه في الرسالة كذلك أيضاً ، وأما عبارة المقتعة فهي

(١) مجمع البيان ج ٣ ص ٤٤ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ .

(٣) سورة النساء - آية ٣٤ .

(٤) ثم قال في تمام هذا الكلام : وهو المناسب بمقام البعث والتحكيم واللاق بقطع التنازع والمروي . ثم ذكر القولين الآخرين وضعفهما ، وكلامه ظاهر في اختيار هذا القول (ب) منه -

قدس سره - .

مثل عبارته في الفقيه ، وهو نظير ما قدمنا في غير موضع من إفتاء الصدوق وأبيه في الرسالة إليه بعبارات هذا الكتاب ، ومن أجل ذلك اعتمدنا عليه فيما تضمنته من الأحكام وظاهر الرواية المرسلة المذكورة في كلام علي بن إبراهيم ، هو أن المرسل هو الإمام عليه السلام حيث تضمنت أنه بعد أن أتاه الرجل والمرأة على هذه الحالة بعث حكماً من أهله وحكماً من أهلها .

وأما رواية عبيدة المنقولة من تفسير العياشي فهي محتملة لكون خطابه عليه السلام للزوجين ، وإن كان الخطاب بضمير الجمع فإنه غير غريب في الكلام ، و يحتمل أن يكون لأهلها ، ولعله الأقرب .

وظاهر موثقة سماعة هو أن البعث من الزوجين أيضاً كما دل عليه كلامه عليه السلام في كتاب الفقه حيث قال الراوي بعد ذكر الآية : رأيت إن استأذن الحكماء فقالا للرجل والمرأة : أليس قد جعلتما أمركما إلينا في الإصلاح والتفريق إلى آخره ، فإنه ظاهر في كون البعث منهما كما لا يخفى بل هو ظاهر الروايات الدالة على اشتراط الحكمين على الزوجين قبول ما يحكمان به ، فإنه لو كان البعث إنما هو من الإمام من غير تعلق بالزوجين بالكلفة كما هو ظاهر القول المشهور ، لما كان لهذا الاشتراط هنا وجه كما لا يخفى ^(١) .

ونقل عن ابن الجنيد أن الإمام يأمر الزوجين أن يبعثا فيكون هذا قولاً ثالثاً ، ويدل عليه ظاهر رواية عبيدة المنقولة من تفسير العياشي بجعل الخطاب فيها للزوجين كما قدمنا ذكره .

وأما ما ذكره في كتاب مجمع البيان من أن القول بأن البعث من السلطان - يعني الإمام - «هو الظاهر في الأخبار عن الصادقين» فلا أعرف له وجهاً ، وهذه

(١) فإن ظاهر هذه الأخبار أن البعث موقوف على رضاها ومن قال بأن البعث من الحاكم فإنه

يجعله مستقلاً لا يتوقف على مراجعتها ، رضاها بذلك أولاً .

(منه - قدس سره -) .

أخبار المسألة كمالاً الموجودة في الكتب الأربعة وغيرها ، وليس فيها ما يدل على ذلك إلا الرسالة المذكورة في كلام علي بن إبراهيم ، مع معارضتها بما عرفت من ظاهر موثقة سماعة ، و صريح كلامه عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ، و ظواهر تلك الأخبار المشار إليها ، اللهم إلا أن يكون قد وصلت إليه أخبار لم تصل إلينا . و كيف كان فالظاهر أن وجه الجمع بين الأخبار المذكورة هو كون البعث من الزوجين ، فإن أخلاً به بعث الحاكم كما قدمنا نقله عن المحقق في النافع ، والظاهر أنه جعله وجه جمع بين الأخبار ، ولعله إلى ذلك يشير خبر عبدة المنقولة عن تفسير العياشي حيث أمر عليه السلام غيره بأن يبعث ، و هو كما عرفت محتمل لأن يكون الزوجان أو أحدهما ، ويحتمل أيضاً أن يكون البعث إنما هو من الامام ، و لكن مع تعذره فالزوجان ، و هذا أنسب بالقول المشهور من أن الباعث إنما هو الامام ، لكن رواية عبدة المذكورة منافرة لهذا الحمل .

الثالث : المشهور بين الأصحاب الفائلين بأن الباعث هو الامام أن ذلك على جهة التحكيم ، لا التوكيل ، بأن يكون الامام قد نصبهما وكيلين عن الزوج والزوجة ، لأن البضع حق للزوج ، والمال حق للزوجة ، وهما بالغان رشيدان ، فلا يكون لأحد ولاية عليهما ، فلا يكون لأحد ولا يكوّن إلا وكيلين .

واعتراض عليه بأن حكم الشارع قد يجري على غير المحجور عليه كالماتل ويأصرار الزوجين على الشقاق قد صاراً ممتنعين عن قبول الحق ، فجاز الحكم عليهما . والقول بكونه توكيلاً لابن البراج في الكامل ، إلا أنه عدل عنه في المذهب و وافق المشهور ، قال في كتاب المذهب : وقد ذكرنا في كتابنا الكامل في الفقه في هذا الموضوع أنه على طريق التوكيل ، والصحيح أنه على طريق التحكيم ، لأنه لو كان توكيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة وبحسب شرطها ، إنتهى .

وقال الشيخ في المبسوط : الذي يقتضيه مذهبنا أن ذلك حكم لأنهم روي أن لهما الاصلاح من غير استئذان ، وليس لهما الفرقة بالطلاق وغيره إلا بعد

أن يستأذناهما ، ولو كان تو كيلاً لكان ذلك تابعاً للوكالة وبحسب شرطها ، وبه قال ابن إدريس ، والعلامة وغيرهما .

وظاهر الأصحاب الاتفاق على أنه متى كان البعث من الزوجين فلا يكون إلا تو كيلاً . قال في المسالك : ولو جعلنا بعثهما من الزوجين فلا شبهة في كونه تو كيلاً ، لأنهما ليسا من أهل التفويض في الحكم الكلّي وإن كان متعلقه جزئياً . أقول - وبالله الثقة لادراك كل مأهول : إنه لا يخفى على من راجع الأخبار التي قدمناها وهي أخبار المسألة التي وصلت إلينا أنها متفقة على كون ذلك تحكيماً ، سواء كان الباعث الامام أو الزوجين ، والذي يدل على كونه تحكيماً لا تو كيلاً مع بعث الزوجين كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه الرضوي ^(١) وهو مذهب الصدوقين أيضاً حيث عبّر بعبارة حسنة عرفت آنفاً ، فإنه عليه السلام ذكر أن الحكمين بعد بعث الزوجين لهما يجتمعان على فرقة أو إصلاح ، فإن اجتمعا على الإصلاح لم يحتاج إلى مراجعة ، وإن اجتمعا على الفرقة فلا بد لهما أن يستأمرا الزوج والزوجة ، وهذا هو الذي دلت عليه رواية محمد بن مسلم وحسنة الحلبي فإنهما دلّتا على الاستثمار في الفرقة دون الإصلاح ، ولو كان ما يدعونه من أنه إذا كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا تو كيلاً - كما سمعته من كلامه في المسالك - لكان الواجب في كلامه عليه السلام في كتاب الفقه أن يجعل الحكم منوطاً بما يأمران به ويعيّنانه لهما كما في سائر أفراد الوكالة ، لأنه يجعل ذلك مفوضاً لهما ، وأظهر من ذلك أنه عليه السلام قد جعل كلامه تفسيراً للآية ، الصريحة في التحكيم دون الوكالة . وبالجمله فإنه لاشك في دلالة كلامه عليه السلام على أنه في صورة بعث الزوجين تحكيم لا تو كيل ، كما ادعوه ، وإن كان ظاهرهم الاتفاق عليه ، وقد عرفت أيضاً أن ظاهر موثقة سماعة هو كون الباعث الزوجين ، وقد اعترف بذلك أيضاً في المسالك ، فقال بعد إيراد الرواية : ويمكن أن يستدل بها على أن المرسل الزوجان ،

(١) فقه الرضا ص ٢٤٥ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١ .

مع أنه لا ريب في أن ما اشتملت عليه تحكيم بلا إشكال لا توكيل .
وبالجملة فإن ما ذكره ابن البراج في الكامل من كونه توكيلاً مع كون
الباعث الامام، وما ذكره من أنه أيضاً توكيل مع كون الباعث الزوجين، لا دليل
عليه سوى هذه الوجوه الاعتبارية التي لفقوها، والأخبار كما ترى على خلافها^(١).
الرابع : المفهوم من كلام الأصحاب أنه لإشكال في أن الحكمين لورأيا
الصلح واجتمعا عليه، فإنه لا يتوقف على الاستئذان من الزوجين، وإنما الخلاف
فيما لورأيا الفرقة بخلع أو طلاق فهل لهما الاستقلال بذلك أم يتوقف على الاستئذان؟
قولان، قال في المسالك بعد كلام في المقام: ثم إن رأيا الاصلاح هو الاصلح فعلاه،
وإن رأيا الاصلح لهما الفراق فهل يجوز لهما الاستبداد به فيباشر حكمه الطلاق
وحكمها بذل عوض الخلع إن رأيا الخلع هو الصلاح؟ أم يختص بحكمهما بالاصلاح
دون الفراق؟ قولان مرتبان على كونهما وكيلين أو حكيمين، فعلى الأول لإشكال
في وجوب مراعاة الوكالة، فإن تناولت الفراق فعلاه وإلا فلا .
وعلى الثاني ففي جواز الفراق أيضاً قولان مبنيان على أن مقتضى التحكيم
على الاطلاق تسوية فعل ما يريانه صلاحاً، فيتناول الطلاق والبذل حيث يكون
صلاحاً، وبأن أمر طلاق المكلف إلى الزوج لقوله وَالطَّلَاقُ^(٢) والطلاق يسد من
أخذ بالساق ، وهذا هو الأشهر .

أقول: لا يخفى أن ما يكررونه في هذا المقام من احتمال التوكيل ويفرغون

(١) قال السيد السند في شرح المنافع : الاقرب أن المرسل لهما ان كان هو الحاكم كان بعنهما
تحكيمياً ، وليس لهما التفريق قطعاً ، وان كان الزوجان كان توكيلاً ، فيجوز لهما التصرف في ما
تعلقت به الوكالة . انتهى ، وظاهر كلامهم كله على هذا المتوال ، وفيه ما عرفت في
الاصل . (منه - قدس سره -) .

(٢) في هامش الجامع الصغير ج ٢ ص ٩ عن الطبراني ط القاهرة ١٣٧٣ هـ .

عليه فروعاً مثل ما ذكره هنا قد عرفت ما فيه ، وليس في أخبار المسألة ما يشير إليه فضلاً عن الدلالة عليه ، بل هي ظاهرة في خلافه حيث إنهم قد ادعوا أنه متى كان البعث من الزوجين فإنه لا يكون إلا تو كيلاً ، مع أننا بيننا دلالة كلامه ^{عليه} في كتاب الفقه الرضوي ، ونحوه موثقة سماعة على خلافه بل هو ظاهر تلك الأخبار التي أشرنا إليه آنفاً ، وبذلك يظهر لك أن ما ذكره من البناء في الخلاف - الأول - على كونهما وكيلين أو حكمين لوجه له بالكلية ، و التحقيق إنما هو ما ذكره ثانياً من أن القولين المذكورين إنما هما على تقدير كونهما حكمين ، وهذا هو الذي دلت عليه الأخبار المتقدمة ، فإن بعضها قد دل على الاستئذان متى اختارا الفراق ، وبعضها قد دل بظاهرة على العدم .

و من هنا علم داليل كل من القولين ، إلا أن المفهوم منها بعد التأمل في مضامينها إنه إن شرط الحكمان على الزوجين الرضاء بكل ما فعلاه ، و قبول كل ما رأياه من فرقة أو اجتماع فإن تفريقهما جائز لا يتوقف على المراجعة متى رأيا ذلك صلاحاً وإن لم يشترطاً فإنه يجب عليهما الاستئذان في الفراق متى رأيا المصلحة فيه ، وعلى الأول من هذين الأمرين تدل رواية علي بن أبي حمزة ^(١) و موثقة سماعة ^(٢) و رواية أبي بصير ^(٣) فإنها قد اشتركت في أنه متى وقع الاشتراط كان ما فعلاه من أي الأمرين جائزاً وإن لم يحصل الاستئذان ، ألا ترى أنه في موثقة سماعة لم يستثن بعد الاشتراط إلا كونها على طهر لو أراد الطلاق أو الخلع ، وأظهر من ذلك مرسله فضالة المنقولة في آخر كلام العياشي ، وقوله فيها « فإن رضا وقلداهما الفراق ففرقا فهو جائز » .

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٥ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٠ ح ٢ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٤ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٤ ح ٣٠ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ١ .

(٣) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٣ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ٢ .

وعلى الثاني تدل رواية محمد بن مسلم^(١) و صدر حسنة الحلبي^(٢) و رواية زيد الشحام المنقولة من تفسير العياشي^(٣)، وعبارة كتاب الفقه الرضوي^(٤) والظاهر أن حسنة الحلبي قد جمعت الأمرين باعتبار صدرها وعجزها ، وأن العطف بالواو في قوله « وإن يشترطا » وقع سهواً من النساخ ، وإنما هو « بأو » المخيرة ، ويكون حاصل المعنى أنه ليس لهما أن يفرقا حتى يستأمرا ، أو أنهما يشترطان إن شاءا جمعا وإن شاءا فرقا ، فلا يتوقف التفريق على الاستئذان ، بل إن جمعا فجائز وإن فرقا فجائز ، وعلى تقدير العطف بالواو كما هو الموجود فيما حضرني من نسخ الخبر لا يخلو معنى الخبر من إشكال ، لما عرفت من الأخبار الأخر . وبما ذكرنا يظهر أنه لا معنى للخلاف المذكور ، بل الحكم هو ما صرح به هذه الأخبار بالتقريب الذي ذكرناه وعليه تجتمع الأخبار .

وأما ما علّله في المسالك من بناء القولين المذكورين على ما ذكره من العلتين فكلام قشري ناشئ عن عدم تتبع الأخبار والتأمل فيما دلت عليه . أما ما ذكره من تعليل جواز الفراق بغير استئذان بأن مقتضى التحكيم على الإطلاق تسويقها ، ففيه إن جملة من الأخبار قد صرحت بوجوب الاستئذان مع إرادة الفراق ، وحينئذ فيجب تقييد هذا الإطلاق بها فلامعنى للاستدلال به . وأما ما ذكره من تعليل عدم الجواز بأن الطلاق بيد الزوج للخبر النبوي ، ففيه أنه لا عام إلا وقد خص ، على أن مانحن فيه لا ينافي الخبر حقيقة لأن الطلاق إنما وقع عن إذنه ، حيث إنه جعل اختياره إلى من حكمه ، وقد شرط

(١) الكافي ج ٦ ص ١٤٧ ح ٥ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٢ ح ١ .

(٢) الكافي ج ٦ ص ١٤٦ ح ٢ ، التهذيب ج ٨ ص ١٠٣ ح ٢٩ وفيهما « ان شئنا جمعنا وان الخ » ، الفقيه ج ٣ ص ٣٣٧ ح ١ ، الوسائل ج ١٥ ص ٨٩ ح ١ .

(٣) العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٤ ، الوسائل ج ١٥ ص ٩٣ ح ٣ .

(٤) فقه الرضا ص ٢٤٥ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١ .

عليه الحكم الذي عيَّنه قبول الفراق إن رأيا المصلحة فيه فرضي وقبل بذلك كما أشارت إليه الأخبار المتقدمة سيما مرسله فضالة .
وبالجملة فإن الظاهر عندي من الأخبار هو ما ذكرته ^(١) وافق كلامهم أو خالفه .

الخامس : المشهور بينهم أنه لا يتعيَّن كون الحكمين من أهل الزوجين ، بأن يكون المبعوث من قبل الزوج من أهله والمبعوث من قبل الزوجة من أهلها ، وهو قول الشيخ في المبسوط وابن البراج وتبعهما الأكثر ، وإن دلَّ ظاهر الآية على ذلك ، لحصول الغرض بهما وإن كانا أجنبيَّين ، وأجابوا عن الآية بأنها مسوقة للارشاد ، فلا يدلُّ الأمر فيها على الوجوب ، بل هي من قبيل « وأشهدوا إذا تبايعتم » ^(٢) .

(١) أقول : ما اخترناه نقله في المختلف عن ابن حمزة ، قال (المشهور أنه ليس للحكمين التفريق إلا باذن الزوجين ، وقال ابن حمزة يبعث الحاكم حكماً من أهله وحكماً من أهلها لتدبير الامر ، فان جعل اليهما الاصلاح والطلاق أنفذا ما رأياه صلاحاً من غير مراجعة ، وأن لهما القول وحضر كل الزوجين ولم يكن أحدهما مغلوباً على عقله ، وان كان ما رأياهما الاصلاح أصلحاً من غير مراجعة ، فان رأيا التفريق بينهما بطلاق أو خلع لم يمضيا إلا بعد المراجعة ، فان رضيا فذاك وان أبيا ألزمهما الحاكم القيام بالواجب .

لنا مارواه الحلبي في الخبر ، ثم أورد حسنة الحلبي ثم قال : احتج ابن حمزة بما رواه سماعه ، ثم ذكر موثقة سماعه ، ثم أجاب عنها بمنع صحة السند .

أقول : قد عرفت أن المفهوم من الاخبار أن الوجه في عدم الاستئذان في الفراق انما هو من حيث اشتراط الحكمين على الزوجين الرضا بكل ما حكما به ، وقبول الزوجين ذلك ، لا من حيث اطلاق أمر الإمام لهما كما ذكره ابن حمزة ، وبالجملة فان كلامهم في المقام على غاية من البعد عن ظواهر الاخبار كما أوضحناه في الاصل . (منه - قدس سره -) .

(٢) سورة البقرة - آية ٢٨٢ .

وقيل : بوجوب كونهما من أهلها ، وقوفاً على ظاهر الآية ، وهو مذهب ابن إدريس ، وقواه العلامة في المختلف فلا يتحقق الامتنان بدونه ، وأيد بأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب .

أقول : لا يخفى أن المسألة لا تخلو من نوع إشكال ، والاحتياط فيها مطلوب على كل حال .

ويمكن تأييد القول الثاني بأن المأمور به وجوباً أو استحباباً إنما هو من كان من الأهل ، فإجزاء غيره يتوقف على دليل ، ومجرد ما ذكر من الاحتمال لا ينهض قوة بالاستدلال ، وإلى ما ذكرنا يميل كلام السيّد السند في شرح النافع حيث قال : وهل يجوز كونه أجنبيّاً ؟ قيل : نعم ، وبه قطع المصنّف في الشرايع لحصول الغرض بهما .

وقيل : يعتبر كونهما من أهلها لدلالة الآية عليه ، ولأن الأهل أعرف بالمصلحة من الأجانب ، وهو جيّد خصوصاً بعد حمل الأمر على الوجوب ، ثم نقل عن جده في المسالك أنّه قال : ولو تعذر الأهل فلا كلام في جواز الأجانب ، ثم قال : وقد يناقش فيه بعدم تعلّق الأمر بذلك ، إنتهى وهو جيّد .

السادس : قد وقع الخلاف أيضاً في أن يثبت الحكمين هل هو واجب أو مستحب ؟ فقيل بالأول نظراً إلى ظاهر الأمر في الآية الذي هو حقيقة في الوجوب . وقيل بالثاني نظراً إلى أن الغرض منه مصلحة دنيويّة فيكون الأمر للإرشاد كما في قوله « وأشهدوا إذا تباعتم » .

أقول : يمكن أن يستدل على الوجوب بما سيأتي بيانه إن شاء الله تعالى من أن الإمام يجبر المتخلف عن حكم الحكمين بعد التحكيم على القبول ، ويعاقبه ، فإنّه لو كان البعث مستحباً لما حسن ترتّب هذا التكليف عليه .

و ربّما علّل الوجوب بأن الظاهر من حال الشقاق وقوع الزوجين أو أحدهما في المحرم فيجب تخليصهما منه حسيّة ، وعلل العدم بإمكان الإصلاح

بدون ذلك فلا يكون واجباً ، وإن كان راجحاً نظراً إلى ظاهر الآية ، وفي الأول منهما نظر^(١) .

قال في المسالك : و الوجه - بناءً على أن البعث من وظائف الحاكم - الوجوب ، ولو جعلنا متعلق الأمر الزوجين فلاستحباب أوجه ، لا مكان رجوعهما إلى الحق بدون الحكمين . نعم لو توقف الرجوع إلى الحق عليهما وجب بعثهما مطلقاً من باب المقدمة ، إنتهى .

السابع : المفهوم من خبر عبيدة المنقول عن العياشي^(٢) وكذا الخبر المرسل المنقول في كلام الشيخ الجليل علي بن إبراهيم^(٣) أن الامام يجبر الزوجين على الرضا بما حكم به الحكمان ، أعم من أن يكونا مبعوثين من الامام أو الزوجين . أما الأول فلأنه لما رضيت المرأة بما حكم به الحكمان لها أو عليها يعني من اجتماع أوفرقة ، و امتنع الزوج من الرضاء بالفراق فقال له **إِلَّا** : لا تبرح حتى تقر بما أقرت به ، أي ترضى بما رضيت به ، وظاهره الحبس حتى يرضى بذلك . و أما الثاني فإنه لما علم **إِلَّا** الحكمين الحكم بأنكما إن شئتما فرقمسا وإن شئتما اجتماعاً ، إمتنع الزوج من الحكم بالفراق فأوجب عليه نفقتها ، ومنعه الدخول عليها وأنه إن مات الزوج على تلك الحال وريته المرأة ، وإن ماتت لم يرثها ، وهكذا لو كان الامتناع من جهة المرأة وهو ظاهر في أن الحكم الشرعي فيما لو امتنع أحدهما هو حصول الفرقة من جانب الممتنع بحيث إنته لا يرث من صاحبه لو مات ، وصاحبه يرثه ، ولم أقف على ذلك في غير الكتاب المذكور والشيخ المذكور من الثقات المعتمدين ، و كتابه مشهور معمول عليه ، ومن الاصول

(١) وجه النظر أن الوجوب إنما يترتب على تحقق الوقوع في المحرم لا على خوف الوقوع فيه ، لا مكان عدم الوقوع كما في الثاني . (منه - قدس سره -) .

(٢) تفسير العياشي ج ١ ص ٢٤١ ح ١٢٧ .

(٣) تفسير علي بن إبراهيم ج ١ ص ١٣٧ وفيه « جمعتهما » .

المعتمدة ، وهو ظاهر في كون ذلك مذهبه في هذه المسألة ، ولم أقف في كلام أحد من الأصحاب على من تعرض للكلام في هذه الصورة إلا ما يظهر من كلام ابن الجنييد حيث أوجب على الزوجين إنفاذ ما حكم به الحكماء من فرقة أو اجتماع من غير استئذان متى اشترط الحكماء عليهما ذلك ، فإنه يشعر بأنه مع إخلال أحدهما بهذا الواجب فعلى الامام أن يجبره على القيام به ، بل صرح بذلك في كلامه كما سيأتي نقله إن شاء الله تعالى قريباً .

والعجب أنه مع حرص أصحابنا على نقل الأقوال وبيان الخلاف في جميع المسائل كيف غفلوا عن نقل ذلك والتنبيه عليه وبيان مافيه من صحة أو بطلان، مع أن الشيخ المذكور من أساطين الفرق الناجية ، وكتابه مشهور متداول بينهم، ومثل ذلك أيضاً ما اشتمل عليه صدر كلامه الذي جعله تفسيراً للآية فإنه لا خلاف بين الأصحاب في أن الشقاق عبارة عن النشوز من كل من الزوجين عن الآخر والبغض من كل منهما لصاحبه ، وهو صريح كلام الرضا عليه السلام في كتاب الفقه ^(١) كما قدمناه، وهذا الكلام الذي ذكره - رحمه الله - يرجع إلى أن النشوز إنما هو من أحدهما ، وأيضاً مقتضى ما دللت عليه الأخبار و صرح به الأصحاب أن الحكمين بعد أن يجتمعا ويتفقا على الحكم فهو إما صلح وجمع بينهما ، وإما فرقة وطلاق ، وظاهر كلامه - رحمه الله عليه - هنا أنه بعد اجتماعهما وظهور الناشز منهما وأنه الزوج أو الزوجة فإنهما ينكران على الناشز منهما، وأن الحكم الشرعي فيه إن كان الناشز هو الزوج أن تجب عليه النفقة و حقوق الزوجية ولا يمكن من المرأة ، وإن كانت الزوجة فإنها لا تستحق عليه نفقة و لا يجب لها شيء من الحقوق ، وأيّد ذلك بما رواه عن علي عليه السلام كما قدمنا إيضاحه ، ومن ذلك تفسيره الهجر في المضاجع بالسب كما قدمنا ذكره .

وبالجملة فإن جميع ما ذكره في هذا المقام من الأحكام الغريبة التي لم نقف

(١) فقه الرضا ص ٢٤٥ ، مستدرک الوسائل ج ٢ ص ٦١٣ ب ٨ ح ١ .

عليها في كلام غيره ، والشيخ المذكور كما عرفت على غاية من الجلالة وهو من أرباب النصوص ومن معاصري الأئمة عليهم السلام ومن الظاهر أنه لا يفتي بذلك إلا عن خبر وصل إليه .

الثامن : قال ابن الجنيد على ما نقله العلامة في المختلف عنه : وإن كان النشوز منهما ولم يرجع بالوعظ من الوالي ولا الذي يتحاكمان إليه أمر الرجل بأن يختار من أهله من لا يتهم على المرأة ولا عليه ، وكذلك تؤمر المرأة بأن تختار من أهلها ويشترط الوالي أو المرتضي بحكمه على الزوجين أن للمختارين جميعاً أن يفرقا بينهما أو يجمعا إن رأيا ذلك صواباً ، وكذلك إن رأيا إيقاع شروط بينهما لا يردها كتاب ولا سنة ولا إجماع ، وعلى كل واحد من الزوجين إنفاذ ذلك والرضا به ، وأنهما قد وكلهما في ذلك ، ومهما فعلاه فهو جائز عليهما ، ثم يخلو كل واحد من المختارين بصاحبه ، فيعلم ذات نفسه ويشير عليه بالصواب ثم يجتمعان فيحكمان ، وعلى الوالي إن كان التحاكم إلى غيره أن يأخذ الزوجين بالعمل بذلك ، إلا أن يكون المختاران أو أحدهما قد تجاوز شيئاً رسمه أو رسمه صاحبه له .

قال العلامة بعد نقله : وهذا الكلام يعطي أنه توكيل ، وأن لهما أن يفرقا . أقول : الظاهر أن قوله « وأنهما وكلهما في ذلك » إنما خرج مخرج التجوز بمعنى أنه في حكم الوكالة ، وإلا فصدر الكلام ظاهر بل صريح في أنه تحكيم ، ثم إن في هذا الكلام دلالة على ما قدمنا ذكره في وجه الجمع بين أخبار المسألة ، من أنه متى شرط الحكمان على الزوجين الرضا بما حكما به ، فلهما أن يفرقا بينهما من غير استئذان ، وهو جيد كما عرفت ، وإن كان خلاف المشهور بينهما ، وأما قوله « وكذلك إن رأيا إيقاع شروط بينهما لا يردها كتاب ولا سنة » فهو مما صرح به غيره أيضاً ، كما إذا شرطاً على الزوج أن يسكنها في البلد الفلاني ، أو المسكن الفلاني ، أو لا يسكن معها ضرة في دار واحدة أو

نحو ذلك ، أو شرطاً على الزوجة أن يؤجل عليه الحال من المهر إلى أجل ، أو ترد عليه ما قبضته منه قرضاً أو نحو ذلك ، لعموم الأخبار الدالة على وجوب الوفاء بالشروط ، ويلزم الزوج والزوجة القيام بذلك حسبما اشترط عليهما أولاً .
وأما الشروط المخالفة للمشروع كعدم التزويج والتسري ونحو ذلك مما تقدم الكلام فيه ، أو ترك بعض حقوقها من القسم أو النفقة أو المهر أو نحو ذلك ، فهو غير لازم إجماعاً .

وأما قوله « ثم يخلو كل واحد... إلى آخره » فإن ظاهر الأصحاب أن هذا من مستحبات التحكيم .

قال في المسالك : وينبغي أن يخلو حكم الرجل بالرجل وحكم المرأة بالمرأة خلوة غير محرمة ليعرفا ما عندهما ، وما فيه رغبتهما وإذا اجتمعا لم يخف أحدهما على الآخر ليمتكن من الرأي الصواب . انتهى ، والظاهر أن الأصل في ذلك ما قدمنا نقله عن الثقة الجليل علي بن إبراهيم في تفسيره .

التاسع : من المستحبات عندهم أيضاً في هذا المقام ما ذكره شيخنا في المسالك : قال : وينبغي للحكمين إخلاص النية في السعي وقصد الإصلاح ، فمن حسنت نيته فيما يتحراه أصلح الله مسعاه ، وكان ذلك سبباً لحصول مبتغاه كما ينبئ عليه قوله تعالى « إن يريدوا إصلاحاً يوفق الله بينهما »^(١) ومفهوم الشرط أن عدم التوفيق بين الزوجين يدل على فساد قصد الحكمين ، وأنهما لم يجتمعا على قصد الإصلاح بل في نية أحدهما أو كليهما فساد ، فلذا لم يبلغا المراد ، انتهى .
أقول : ومما يزيد ما ذكره تأييداً ويعليه تشيداً ما رواه الصدوق في الفقيه في هذا الباب عن ابن أبي عمير عن هشام بن الحكم^(٢) أنه تناظر هو وبعض المخالفين في الحكمين بصفين عمرو بن العاص وأبي موسى الأشعري ، فقال المخالف : إن الحكمين لقبولهما الحكم كانا يريدان الإصلاح بين الطائفتين ، فقال هشام : بل

(١) سورة النساء - آية ٣٥ .

(٢) الفقيه ج ٣ ص ٣٣٨ ح ٢ .

كانا غير مرادين للإصلاح بينهما، قال المخالف : من أين قلت هذا؟ قال هشام : من قول الله في الحكمين « إن يريدوا إصلاً يوفق الله بينهما ». فلما اختلفا ولم يكن اتفاق على أمر واحد ولم يوفق الله بينهما ، علمنا أنهما لم يريدوا الإصلاح .

العاشر : لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين فهل ينفذ حكمهما أم لا ؟ صرح الشيخ في المبسوط بالثاني ، فقال : لا يجوز الحكم مع غيبة أحدهما لأن الحكم حينئذٍ مشروط ببقاء الشقاق والخصومة بينهما ، ومع الغيبة لا يعرف بقاء ذلك ، ولأن كل واحد منهما محكوم له وعليه ، ولا يجوز القضاء للغائب وإنما يجوز عليه .

وجوز المحقق والمتأخرون الحكم مع الغيبة ، لأنه مقصور على الإصلاح وهو غير متوقف على الحضور ، وأجابوا عن دليل الشيخ بأن الأصل بقاء الشقاق استصحاباً لما كان قبل الغيبة .

قال في المسالك : وفيه نظر ، لجواز أن يشمل الحكم مع الإصلاح على شرط لأحدهما ، فيكون حكماً للغائب وإن حصل معه الإصلاح .

أقول : لا يخفى أن كلام المجوزين مبني على ما تقدم نقله عنهم من أنه لا يجوز للحكمين الحكم بالفرقة إلا بعد الاستئذان ، فلذا خصوا الجواز بالإصلاح . والتحقيق أنك قد عرفت أن أخبار المسألة قد خرجت على نوعين (أحدهما) ما إذا اشترط الحكم على الزوجين قبول ما يحكم به ، وأنه ليس في هذه الصورة مراجعة ، لا في فرقة ولا إصلاح ، كما دلت عليه الأخبار المذكورة ، وقضية ذلك جواز الحكم مع الغيبة ، لأنه بالاشتراط عليهما وقبولهما الشرط لزم قبولهما لما يحكم به ، حضراً أو غاباً كما اعترفوا به في صورة الإصلاح ، إشماع الحكم على شروط أولم يشتمل ، والفرق بين الحكم له وعليه لأعرف له دليلاً واضحاً ، فإن قضية التحكيم قبول ما يحكم به الحكماء كيف كان ، وبأي صورة كان ، هذا مقتضى ظاهر الأخبار المذكورة .

(وثانيهما) إذا لم يشترطاً وأنه لابد في هذه الصورة من المراجعة في إرادة التفريق كما دلت عليه الأخبار المذكورة وقضية ذلك الجواز مع الغيبة بالنسبة إلى الصلح خاصة دون التفريق .

هذا ما يظهر لي من الأخبار حسبما أدى إليه الفهم السليم .

الحادي عشر : قد صرح جملة من الأصحاب بأنه لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبة كالنفقة والقسم مثلاً ، فبذلت له مالا للخلع لم يكن ذلك إكراهاً وإن كان محرماً ، وإنما لم يكن ذلك إكراهاً لأنه أمر منفك عن طلب الخلع ، فإنه قد يفعل ذلك مع إرادته المقام معها ، وإنما منعها لحرصه على المال ، وقلة ديانتها وضعف دينه أو ميله إلى ضررها ، وكذا لو بذلت له مالا للخلع ، حيث إنته أغارها وتزوج عليها ، وهو أولى بعدم ترتب الإكراه عليه ، فإن التزويج جائز بل مستحب .

وما ذكرنا من أصل الحكم المذكور صرح به الشيخ في المبسوط والمحقق في الشرايع وغيرهما ، والظاهر أنه المشهور ، واختلف كلام العلامة في ذلك ، فني الارشاد وافق الشيخ وأفتى بما ذكره ، وفي التحرير نسب القول المذكور إلى الشيخ ساكتاً عليه ، وهو يؤذن بترده فيه أضعفه عنده ، وفي القواعد قيد حقوقها بالمستحبة ، ومفهومه أنه لو منعها الحقوق الواجبة كان ذلك إكراهاً ، وهذا القول نقله الشيخ في المبسوط أولاً عن بعض العامة ، ثم قال : الذي يقضي مذهبنا أن هذا ليس بإكراه وهو المعتمد .

وكيف كان فإن مقتضى ما ذكره الشيخ ومن تبعه أنه لا يشترط في الإكراه الموجبة للخلع أن تكون ذاتية كما هو المعمول عليه في بلادنا البحرين ، وحضرناه مع جملة من مشايخنا المعاصرين بل تكفي الإكراه العارضة بسبب ترك القسم أو النفقة ونحوهما ، وسيأتي تحقيق الكلام في باب الخلع إن شاء الله تعالى .

إلى هنا تمّ الجزء الرابع والعشرون حسب تجزئتنا بحمد الله ومنه،
وقد بذلنا الجهد غايةً في تصحيحه ومقابلته مع النسخ المطبوعة
واستخراج أحاديثه. وسيليه الجزء الخامس والعشرون
في بقية كتاب النكاح وأوله كتاب الطلاق بمشيئة
الباري عزّ اسمه

فهرس الجزء الرابع والعشرين من كتاب الحقائق الناضرة

الصفحة	الصفحة
٣٢	٣
فيما لو أسلمت زوجة الكافر قبل الدخول	في أنه لا يجوز للمسلم أن ينكح غير الكتائية
٣٥	٧
تقد المصنّف ما أفاده المحدث الكثاني في المقام	الأخبار الدالة على جواز نكاح الكتائية مطلقاً
٣٨	٩
فيما لو انتقلت زوجة الذمي من دين الكفر الذي كانت عليه إلى دين آخر من أدیان الكفر	الأخبار الدالة على تحريم نكاح الكتائية مطلقاً
٣٩	١٤
فيما لو أسلم الذمي على أكثر من أربع منكوحات بالعقد الدائم	في طرق الترجيح في مقام اختلاف الأخبار
٤١	١٨
فيما رده الصدوق في إباق العبد	في أن المجوس ليسوا داخلين تحت إطلاق أهل الكتاب
٤٢	٢٢
في أنه ليس للمسلم إجبار زوجته الذميّة على الفسل من حيض كان أو جنابة	في اختلاف كلام الأصحاب في الصائبة ودينهم
٤٣	٢٤
في كيفية الاختيار	فيما أشكله المصنّف في قول صاحب المسالك في أنه لا فرق
٤٦	
فيما لو تزوج الكافر امرأة وبنتها ثم أسلم	في أهل الكتاب بين الحربي منهم والذمي
٥٠	٢٥
فيما لو أسلم عن أمة وبنتها وهما مملوكتان	في ارتداد أحد الزوجين أو إسلامه
	٣٠
	فيما لو أسلم زوج الكتائية

الصفحة	الصفحة
النفقة	٥١ فيما لو أسلم عن عمّة وبنت أخيها
٧٩ ما استدلّ به المشهور	أو خالة وبنت اختها
٨١ فيما لو خطب المؤمن القادر على	٥٢ لا خلاف بين الأصحاب في اشتراط
النفقة	الكفاءة في صحّة النكاح
٨٤ فيما لو تزوج الرجل امرأة ثمّ	٥٥ الأخبار الدالة على اشتراط
علم أنّها كانت زنت	الايمان في النكاح
٨٧ فيما لو ائتمن الرجل إلى قبيلة	٥٩ الأخبار الناهية عن تزويج الناصب
و تزوج فوجد على خلاف ذلك	والناصبية
٩٠ في عدم جواز التعريض بالخطبة	٦١ نقد المصنّف لما ذكره صاحب
لذات العدة الرجعية	المسالك في جواز تزويج المخالف
٩٣ الأخبار الدالة على عدم جواز	٦٦ فيما اختاره صاحب المدارك من
التعريض بالخطبة	عدم الحكم بمنأحة المخالفين
٩٦ فيما لو تزوجت المطلقة ثلاثاً	مع قوله بإسلامهم
و شرطت في العقد أنّه إذا حلّها	٦٧ في المنع من منأحة المخالفين
فلانكاح بينهما	مع القول بإسلامهم
٩٧ هل الشرط الفاسد يفسد العقد أم لا؟	٦٩ في جواز منأحة المخالفين
٩٩ في بطلان نكاح الشغار	٧٠ في أنّ التمكن من النفقة ليس
١٠١ في كراهية العقد على القابلة	شرطاً في الكفاءة
وبنتها	٧٣ ما استدلّ به المشهور
١٠٤ في كراهية تزويج الرجل ابنه	٧٥ نقد أدلة القائلين باشتراط التمكن
من بنت زوجته من غيره إذا	من النفقة في الكفاءة
ولدتها بعد مفارقتها	٧٧ فيما لو تجدد عجز الزوج عن

الصفحة	الصفحة
مؤمنة عفيفة	١٠٨ في كراهية تزويج الرجل اخت
١٣١ في كراهية التمتع بالزانية	اخيه
١٣٣ في الأخبار الدالة على جواز	١٠٩ في كراهية نكاح المرأة المتولدة
التمتع بالزانية	من الزنا بالعقد أو الملك
١٣٥ في كراهية التمتع ببيكر ليس	١١٠ في كراهية نكاح المجنونة و
لها أب	الحمقاء و شارب الخمر وسيء
١٣٧ فيما إذا أسلم المشرک و عنده	الخلق
كتابية بالعقد المنقطع	١١١ في كراهية تزويج المخنث و
١٣٨ في أن ذكر الأجل شرط في	الزنج والأكراد والخزر
صحّة نكاح المتعة	١١٢ في كراهية تزويج الأعرابي
١٣٩ الأخبار الواردة في المقام	بالمهاجرة
١٤٢ استدلال القائل بطلان العقد	الفصل الثالث في نكاح المتعة
لو خلا من الأجل و نقده	١١٤ فيما روته العامة في جواز المتعة
١٤٥ فيما لو وقع الاخلال بالاجل	١١٦ الأخبار المروية في استحباب
على وجه النسيان أو الجهل أو	المتعّد وفضلها
العمد	١٢١ ما يدلّ على المنع من الالاحاح
١٤٦ فيما لو اختلف الزوجان بعد	في المتعة متى أغناه الله بالأزواج
انفاقهما على وقوع العقد فادعى	١٢٢ في الصيغة التي بها ينقذ نكاح المتعة
أحدهما أنه متعة وادعى الآخر	١٢٣ في اعتبار اللفظ الماضي في العقد
الدوام	١٢٧ في اشتراط كون المتمتع بها
١٤٨ في جواز تعيين شهر متصل	مسلمة أو كتابية
بالعقد ومتأخر عنه	١٢٨ في استحباب كون المتمتع بها

الصفحة	الصفحة
لم ترض في أن المتعة لا يقع بها طلاق	١٥١ في نقد ما أفاده صاحب المسالك في المقام
١٧٥ في ثبوت التوارث بعقد المتعة	١٥٢ فيمادل على جواز جعل الأجل
١٧٧ الأخبار الواردة في المقام	المرء والعرددين
١٨٢ في عدة المتمتع بها متى دخل بها الزوج	١٥٦ في أنه يشترط في المهر أن يكون مملوكاً معلوماً بالكيل أو الوزن أو المشاهدة أو الوصف
١٨٧ في القول من أن عدة طهران الجمع بين الأخبار الواردة في تحديد عدة المتمتع بها	١٥٧ في أن المهر يتقدر بالمرضاة قل أو أكثر
١٩٠ في عدة المتعة من الوفاة	١٥٨ الأخبار الواردة في المقام
١٩٣ في وجه الجمع بين الأخبار الواردة في عدة الوفاة	١٥٩ في القول بوجوب دفع المهر بالعقد
١٩٧ فيما لو اشترطت المرأة المتمتع بها أن لا يطأها في الفرج	١٦١ الأخبار الدالة على أنه يصح لمن تمتع بامرأه أن يهبها جميع المدة
الفصل الرابع في نكاح الإماء	١٦٣ فيما إذا تبين فساد عقد المتعة بأحد الوجوه الموجبة لذلك
٢٠١ لا يجوز للعبد ولا للأمة أن يعقدا على أنفسهما نكاحاً إلا بإذن السيد	١٦٥ في بيان المراد من مهر المثل في المقام
٢٠٣ الأخبار الدالة على بطلان نكاح الأمة بغير إذن مولاه	١٦٧ في صحة الاشتراط في العقود بما لا يخالف الكتاب والسنة
٢٠٥ فيما لو أذن المولى لعبده في التزويج	١٧٠ في جواز العزل للمتمتع وإن
٢٠٧ فيما لو كان الأبوان مملوكين	

الصفحة	الصفحة
٢٣٧ الأخبار الواردة في المقام	٢٠٨ فيما لو كان أحد الأبوين حراً
٢٣٩ فيما لو دفع السيد شيئاً لأتمته	والآخر مملوكاً
متى زوجها	٢٠٩ في دلالة الأخبار المستفيضة على
٢٤٢ فيما لو تزوج أمة بين شريكين	ماذهب إليه المشهور
ثم اشترى حصّة أحدهما	٢١٢ في اشتراط كل من الحرية
٢٤٧ فيما لو اعتقت الأمة وكانت تحت	والرقية في العقد
عبد	٢١٤ فيما لو تزوج الحر أمة بدون
٢٤٩ الأخبار الواردة في عتق الأمة	إذن السيد ودخل بها قبل رضاه
التي كان لها زوج حر	٢٢٠ فيما لو ادعت المرأة الحرية
٢٥٠ في أن الحكم بالتخير في أخبار	فتزوجها الحر من غير علمه
المقام معلق على عتق جميع الأمة	بفساد دعواها
٢٥١ فيما لو كانت الأمة صغيرة أو مجنونة	٢٢٣ الأخبار الواردة في المقام
٢٥٢ فيما لو كان الزوج عبداً واعتق	٢٢٥ الجمع بين الأخبار الواردة في
٢٥٣ فيما لو تزوج عبده أتمته ثم	المقام
أعتق الأمة أو أعتقها معاً	٢٢٧ فيما لو دلّسها عليه مدكس فزوجها
٢٥٤ في جواز تزويج الرجل أتمته	منه على أنها حرة فظهرت أمة
بأن يجعل عتقها صداقها	٢٢٩ اعتراض ابن إدريس على عبارة
٢٥٥ الأخبار الواردة في المقام	الشيخ في إباء الأب عن الاستسعاء
٢٥٧ هل يشترط تقديم التزويج على	في قيمة الولد ونقد المصنف له
المتق أو العكس؟	٢٣٣ فيما لو تزوجت الحرة بالعبد الغير
٢٥٩ فيما لو قال تزوجتك وجعلت	المأذون له في التزويج
مهرك عتقك فهل يكفي في المتق	٢٣٥ فيما لو تزوج الرجل جاريته عبده

الصفحة	فهرس الحقائق الناضرة	٦٤٨
الصفحة	ج ٢٤	
عن الاتيان بلفظ اعتقتك ؟	تقوية احتمال المهر أو نصفه في	
٢٦١ فيما لو طلق التي جعل عتقها	صورة عدم الدخول و نقد	
مهرها قبل الدخول بها	المصنف له	
٢٦٤ فيما لو اشترى أمة نسية فأعتقها	٢٨٨ فيما لو زوج السيد عبده أمته	
و تزوجها و جعل عتقها مهرها	٢٨٩ الأخبار الواردة في المقام	
فحملت منه	٢٩٣ وجه الجمع بين أخبار المقام	
٢٦٨ في أن أم الولد إنما تنعتق	٢٩٥ فيما لو أمر المولى العبد بالطلاق	
بعده فاة المولى من نصيب ولدها	ولم يباشره بنفسه	
٢٧١ في عدم جواز بيع الأمة في مطلق	٢٩٦ هل يجب على المشتري مع	
الدين	إكمالها العدة أن يستبرئها زيادة	
٢٧٣ الجمع بين الأخبار الواردة في	على العدة ؟	
المقام	٢٩٧ فيما لو زوج السيد أمته لعبده	
٢٧٤ فيما لو بيعت الأمة ذات البعل	فإنها تصير من مولاها بمنزلة	
فإن بيعها طلاقها .	الأجنبية	
٢٧٥ الأخبار الواردة في بيع الأمة	٢٩٩ المفهوم من كلام الأصحاب أنه	
ذات البعل	متى كان زوج الأمة حراً أو	
٢٧٦ نقد كلام صاحب المسالك في المقام	مملوكاً لغير سيد الأمة فإن	
٢٧٧ فيما لو بيع العبد وتحتة أمة	السيد لا يتسلط على الفسخ	
٢٧٨ في القول بتخصيص الخيار	٣٠٢ في عدم انحصار النكاح بملك	
بالمشتري في بيع العبد أو الأمة	اليمين في عدد بخلاف نكاحهن	
٢٨١ فيما لو زوج الرجل أمته من	بالعقد	
غيره بمهر مسمى .	٣٠٤ فيما لو بيعت الأمة و لها زوج	
٢٨٥ فيما مال اليه صاحب المسالك من	٣٠٥ في جواز ابتياع ذوات الأزواج	

الصفحة	ج ٢٤	فهرس الحدائق الناصرة	٦٤٩
الصفحة			
٣١١	من أهل الحرب ولومن أزواجهن	٣٣٩	هل الجنون - مطلقاً أو على
٣١٢	في أن كل من ملك أمة فإنه		بعض الوجوه - يكون موجبا
٣١٣	يجب عليه استبرأؤها قبل الوطء		المخير
٣١٤	في صحة تحليل المولى وطء	٣٤٠	في الخصاء
٣١٥	أمنه لغيره	٣٤٢	في العنن
٣١٦	الأخبار الدالة في المقام	٣٤٥	الأخبار الدالة على تأجيل العنن
٣١٧	في اعتبار صيغة النكاح التحليل		سنة بعد ظهور العنن
٣١٨	في أن التحليل هل هو عقد أو	٣٤٦	في أن العنن الموجب للفسخ هو
٣١٩	إباحة ؟		عدم إمكان إتيانه النساء
٣٢٠	في تحليل السيد أمنه لعبده	٣٤٨	في الجب
٣٢١	الجمع بين الأخبار الواردة في	٣٥٠	في الجذام والبرص والعمى
٣٢٢	المقام	٣٥٢	في أن الزنا ليس بعيب يرد به
٣٢٣	فيما لو أحل السيد أمنه لحر		النكاح ما لو ظهر كون الزوج
٣٢٤	وحصل من التحليل ولد		خنثى
٣٢٥	الأخبار الواردة في المقام	٣٥٤	في أن عيوب المرأة سبعة
٣٢٦	وجه الجمع بين أخبار المقام	٣٥٥	الأخبار الواردة في المقام
٣٢٧	لابأس أن ينم الرجل بين أمتين	٣٥٨	في أن الجنون من العيوب
٣٢٨	والحرين		الموجبة للفسخ
٣٢٩	في جواز وطء الجارية الزانية	٣٥٩	في بيان حقيقة البرص
٣٣٠	بالمملك ومملكها	٣٦١	في بيان حقيقة القرن
٣٣١	في الاماء اللاتي يحرم نكاحهن	٣٦٥	في بيان معنى الزمانة
٣٣٢	في الجنون	٣٦٦	في عدد الرق من علة العيوب

الصفحة	الصفحة
٣٩٩ فيما لو تزوجت الحرّة عبداً على أنه حر	الموجبة للخيار
٤٠١ فيما لو عقد على بنت رجل على أنها بنت مهيّرة فبانت بنت أمة	٣٦٧ في ذكر من عدّ المحدودة في الفجور من عيوب النساء
٤٠٣ في الأخبار الواردة في المقام	٣٧٠ فيما لو تجدد العيب بعد العقد وقبل الدخول
٤٠٨ فيما لو تزوج الرجل امرأة على أنها بكر فظهرت ثيباً	٣٧٢ في أحكام خيار الفسخ
٤٠٩ الأخبار الواردة في المقام	٣٧٥ فيما لو فسخ الزوج قبل الدخول
٤١٢ فيما لو تزوج رجلان بامراتين فادخلت امرأة كل واحد منهما على الآخر فوطأها	٣٧٩ الجمع بين الأخبار الواردة في المقام
٤١٦ في أن كل موضع حكم فيه بطلان العقد للزوجة مع الوطء مهر المثل	٣٨٣ في أنه لا طريق إلى الحكم بالعنن إلا بإقرار صاحبه على نفسه أو قيام بيّنة بإقراره
٤١٧ في بيان معنى المهر	٣٨٧ إنما يتحقق العنن بالعجز عن وطئها قبلاً ودبراً والعجز عن وطء غيرها
٤١٨ في أن كل ما يملكه المسلم يصحّ جعله مهراً للزوجة	٣٨٩ فيما لو ادعى الوطء وأنكرت فالقول قوله يمينه
٤٢٠ الأخبار الواردة في المقام	٣٩٤ فيما لو تزوج امرأة على أنها حرة باشرائط ذلك في نفس العقد فبانت أمة
٤٢٤ في صحة عقد الذميّان ونحوهما على ما لا يجوز العقد عليه في الاسلام	٣٩٧ فيما لو فسخ بعد الدخول وعزم المهر وتبيّن بطلان العقد

الصفحة	الصفحة
٤٦٣	٤٢٥
بعض المجتهدين للقول المشهور	في أن المهر لا يتقدر بقدر في
الأخبار الدالة على جواز الدخول	جانب القلة إلا بأقل مما يتمول
بها من غير أن يعطيها شيئاً	٤٣٤
٤٦٩	في أن المهر إذا ذكر في العقد
معسراً ولم يدخل بها والمهر حال	فلا بد من تعيينه ليخرج عن
٤٧٢	الجهالة
يدخل بها لما منع من جهته	٤٣٥
٤٧٣	فيما لو تزوج امرأتين فصاعداً
موسراً ودخل بها	في عقد واحد بمهر واحد
٤٧٥	٤٣٨
في جواز إخلاء العقد من المهر	فيما لو عقد على مهر مجهول
٤٧٨	لا يمكن استعماله في نفسه
الأخبار الدالة على المقام	٤٤٢
٤٨٥	فيما لو تزوجها على الكتاب
في انقسام حال الزوج إلى اليسار	والسنة ولم يسم مهراً
والاعسار ولأنك لهما	٤٤٤
٤٨٩	فيما لو سمى لها مهراً ولأبيها
في تفويض المهر	أو غيره من الأولياء أو واسطة
٤٩٠	أو أجنبي شيئاً
الأخبار الواردة في المقام	٤٤٨
٤٩٣	في نقد ما أفاده صاحب المسالك
فيما لو طلقها قبل الدخول	في المقام
وقبل الحكم	٤٥٠
٤٩٥	في جواز جعل الصداق تعليم
في أن المهر كلاً أو بعضاً لا يسقط	صناعة لا يحسنها أو سورة لا يعلمها
بالدخول	٤٥٤
٤٩٩	في أن المهر مضمون في يد الزوج
في هدم الصداق بالدخول	قبل تسليمه إلى الزوجة
	٤٥٩
	فيما لو ظهر الصداق معيناً
	٤٦٠
	فيما لو سمى لها مهراً و كان

الصفحة	فهرس الحدائق الناضرة	٦٥٢
الصفحة	الصفحة	
٥٣٦	فيما لو اشترط أن لا يخرجها من بلدها	٥٠٣
٥٤١	فيما لو شرط لها مائة دينار إن خرجت معه ، وخمسين إن لم تخرج معه	٥٠٥
٥٤٤	في بطلان النكاح بشرط الخيار	المهر أم لا ؟
٥٤٥	في أن المرأة تملك المهر بمجرد العقد	٥٠٧
٥٤٨	في حكم المهر مع موت أحد الزوجين قبل الدخول	في الأخبار الدالة على ما ذهب اليه المشهور في المقام
٥٥٠	الأخبار الواردة في المقام	٥١١
٥٥٧	في وجه الجمع بين أخبار المقام	٥١٣
٥٥٨	في الذي بيده عقدة النكاح	فيما لو طلق زوجته قبل الدخول وقد فرض لها مهراً
٥٦٥	في أن أكثر الأخبار مطلق بالنسبة إلى عفو غيرها الكل أو البعض	٥١٧
٥٦٨	في أنه ليس لولي الزوج العفو من حقه كلاً أو بعضاً مع الطلاق	فيما لو كانت الزيادة متصلة كالسمن وكبر الحيوان
٥٧١	فيما لو زوج الرجل ولده الصغير وللولد مال	٥١٩
٥٧٥	في أن كل موضع لا يضمن الأب المهر فيه لو أداه تبرعاً عنه فإنه	فيما لو أصدقها حيواناً حاملاً و حكمنا بدخول الحمل في الصداق
		٥٢٢
		فيما لو أعطها عوض المهر متاعاً أدعبداً آبقاً أو شيئاً ثم طلق قبل الدخول
		٥٢٣
		فيما لو دبّر مملوكاً ذكراً كان أو أنثى
		٥٢٥
		فيما لو اشترط في العقد ما يخالف المشروع
		٥٣١
		فيما لو شرطت أن لا يفتضها

الصفحة	الصفحة
٦٠٩ في استجاب التسوية بين الزوجات	لا رجوع له به
٦١٠ في الاتفاق وحسن المعاشرة وطلاقة الوجه والجماع	٥٧٨ فيما لو دفع الأب المهر عن الولد الكبير متبرعاً ثم طلق قبل الدخول
٦١١ فيما لو وهبت إحدى الزوجات حقها من القسم للزوج أو لبعض نساءه	٥٧٩ فيما لو اختلفا في أصل المهر
٦١٣ في أنه لا قسمة للصغيرة ولا الناشئة	٥٧٣ فيما لو أقر بالمهر وادعى تسليمه وأنكر المرأة
٦١٤ في بيان معنى النشوز	٥٨٤ فيما لو خلا بها فادعت للمواقعة
٦١٥ في نشوز المرأة	٥٨٦ في بيان معنى القسم
٦١٧ في المراد من الوعد والهجر والضرب	٥٨٨ في وجوب القسمة بين الزوجات
٦١٩ في نشوز الزوج	٥٩٣ في أن أقل أفراد القسم لو تعددت الزوجة ليلة ليلة
٦٢١ في الأخبار الواردة في المقام	٥٩٥ في أن الواجب في القسمة هو المضاجعة ليلاً دون المجامعة
٦٢٢ في بيان معنى الشقاق	٥٩٧ فيما إذا اجتمع عنده حرة وأمة بالمقد
٦٢٣ في الأخبار الواردة في حكم الشقاق	٦٠١ في نقد المصنف ما أفاده صاحب المسالك وبسطه
٦٢٦ في من المخاطب بإتخاذ الحكيم	٦٠٥ في اختيار المصنف عدم وجوب السبع والثلاث
٦٢٩ المشهور بين الأصحاب القائلين بأن الباعث هو الامام أن ذلك على جهة التحكيم	٦٠٧ في سقوط القسمة بالسفر

الصفحة	الصفحة
٦٣٩ في أنه ينبغي للحكمين إخراج النية في السعي و قصد الاصلاح	٦٣١ في أن الحكمين لورأيا الصلح و اجتماعا عليه فإنه لا يتوقف على الاستئذان من الزوجين
٦٤٠ فيما لو غاب الزوجان أو أحدهما بعد بعث الحكمين	٦٣٤ في أنه لا يتعين كون الحكمين من أهل الزوجين
٦٤١ فيما لو منعها شيئاً من حقوقها الواجبة	٦٣٥ في أن بعث الحكمين هل هو واجب أو مستحب؟
٦٤٣ الفهرس	





